

Rechtskultur ist eine Zeitschrift mit europäischem Charakter.
Rechtskultur is a journal with a definite European character.
Rechtskultur est une revue à caractère européen.

Rechtskultur ist strikt themenbezogen.
Rechtskultur is strictly by theme.
Rechtskultur est une revue thématisée de manière stricte.

Rechtskultur ist transdisziplinär ausgerichtet.
Rechtskultur is a transdisciplinary endeavour.
Rechtskultur est une revue axée sur une approche interdisciplinaire.

ISSN: 2568-4469
ISBN: 978-3-96374-038-1

9 783963 740381

Rechtskultur 7

Insolvenz/Schulden/Kredit Bankruptcy/Debts/Loan Insolvabilité/Dette/Crédit

Rechtskultur 7

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
European Journal of Legal History
Journal européen d'histoire du droit

Insolvenz/Schulden/Kredit
Bankruptcy/Debts/Loan
Insolvabilité/Dette/Crédit

Dave De ruysscher Security Interests, Insolvency and the Ranking of Debts in Early Modern Continental Europe: Transnational Trends in Legal Change	1
Lukas Gschwend/Matthias Kradolfer Zur Vorgeschichte des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in der Schweiz bis 1869	10
Kinga Beliznai Bódi Große Sensation in Budapest in den 1920er-Jahren: Richter auf der Anklagebank	22
Eva Schäffler Transformation als Aushandlungsprozess: Die Entstehung eines Konkursgesetzes in der Tschechischen Republik der 1990er Jahre	32
Lucia Walter Debatte: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts – Eine Betrachtung arzthaftungsrechtlicher und arztstrafrechtlicher Entscheidungen im Zeitraum von 1918 bis 1945	47
Sara Moreno Tejada Debate: The Administrative Courts: Antecedents of Contentious- Administrative Jurisdiction	65

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Edition Rechtskultur

Security Interests, Insolvency and the Ranking of Debts in Early Modern Continental Europe: Transnational Trends in Legal Change*

Dave De ruysscher

I. Old topics, new topicality

The legal history of security interests and insolvency on the Western European continent in the Early Modern period is of prime importance. Many present-day legal arrangements that for a long time have been considered as belonging to an *acquis* of settled doctrine and legislation are currently less self-evident than was the case in the past. For example, every country on the European continent has insolvency legislation in place that imposes the priority of negotiated securities over unsecured debts, and in most cases in combination with an *Aussonderungsrecht* for the former. The *Aussonderungsrecht* entails that the goods pledged are taken out from the insolvency estate by the pledgee, who does not have to contribute in the costs of the administering of the estate. Secured creditors are generally not held to cuts on their debts, because their pledge is not affected by the insolvency.¹ However, a new legislative trend is to impose measures of protection, aimed at the preservation of firms, onto secured creditors as well.² The older underlying philosophy of mercantile and corporate insolvency legislation, which referred to creditor-steered appraisals and to liquidation as the default outcome of proceedings, is being changed for a more continuity-orientated approach.³ Moreover, security interests have become highly abstracted. Over the course of the later nineteenth and the twentieth century, new arrangements of collateralisation (eg the enterprise charge) were created and it is often difficult to fit them into the categories that were established in the codifications of the 1800s. These codes generally did not favour non-possessory pledges and they prohibited security interests that were not listed in the

law.⁴ Hereafter, the focus will be on non-possessory security interests in goods.

As a result of the shifting of legal landscapes, legal historians have an important task in laying bare the assumptions that are still implicit in the persisting legal regimes relating to credit. The Early Modern period is particularly important in this regard. Between around 1500 and the end of the eighteenth century legal innovations in insolvency, pledge and commercial credit were vibrant. The main centre of legal change was North-West Europe. Building blocks were imported from the Italian peninsula, with which new arrangements and sets of rules were crafted.⁵ As will be explained further, many of the legal problems and strategies of this period are not far removed from those that exist in our time.

For the Northern Netherlands, legal scholarly writings of the Early Modern era, and to a lesser extent local legislations, have been studied closely. For this region, the theme of security interests, in movable and immovable goods, is one of the most analysed themes in the country's history of private law.⁶ In the nineteenth and early twentieth century, German scholars studied seizure and executory proceedings and in doing so they touched upon pledging as well.⁷ Their approaches belonged more to the

* This article is part of the ERC Starting Grant project CLLS (Starting Grant 714759).

¹ On this notion, see J. Dalhuisen, *Dalhuisen on Transnational, Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, vol. 3, Oxford, Hart, 2016, 101, 106.

² For an overview of the contents of contemporary laws on corporate insolvency and pre-insolvency throughout Europe, see G. McCormack, A. Keay and S. Brown, *European Insolvency Law: Reform and Harmonization*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017. As regards the "carve-out" of secured debt in insolvency situations, see H. Eidenmüller, "Comparative Corporate Insolvency Law" in J.N. Gordon and W.-G. Ringe (eds.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2016, online version, 16-21.

³ A critical analysis of the new paradigm is D. Burdette and P. Omar, "Why Rescue? A Critical Analysis to the Current Approach to Corporate Rescue" in J. Adriaanse and J.-P. van der Rest (eds.), *Turnaround Management and Bankruptcy. A Research Companion*, Abingdon, Routledge, 221-237. See also, on the general implications of this paradigm shift and the possible added value of legal history, D. De ruysscher, "Bescheiden toezichter of bemiddelaar? De rol van de rechter in reorganisatie en faillissement vanuit rechtshistorisch perspectief", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2018, 147-218.

⁴ On these issues, see F. Fiorentini, "Proprietary Security Rights in the Western European Countries" in M. Bussani and F. Werro (eds.), *European Private Law: a Handbook*, vol 1, Brussels, Bruylant, 2009, 446-452; W. Zwölve, "A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods" in Kieninger, E.M. (ed.), *Security rights in movable property in European private law*, Cambridge, CUP, 2004, 47-48.

⁵ Examples include bills obligatory, indorsement of bills of exchange and companies (corporations) with limited liability and shares. See C. Petit, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, 117-143, 265-312; M. Schmoekel, *Rechtsgeschiede der Wirtschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 158-165; R. Szramkiewicz and O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, Paris, LGDJ, 2013, 95-112, 200-236.

⁶ Several excellent doctoral dissertations explore the theme. See R. Feenstra, *Reclame en revindicatie. Onderzoekingen omtrent de rol in de ontwikkelingsgeschiedenis van het recht van reclame gespeeld door den Romeinsrechtelijken regel omtrent eigendomsovergang en prijsbetaling bij koop* (Inst. 2.1.41), Haarlem, Tjeenk Willink, 1949; E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, Den Haag, Boom, 2013.; A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht), enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen*, Dordrecht, Kluwer, 1970; V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief*, Dordrecht, Kluwer, 2015. See also W.J. Zwölve, "A Labyrinth of Creditors: a Short Introduction to the History of Security Interests in Goods" in E.-M. Kieninger (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, Cambridge, CUP, 2004, 38-53; W.J. Zwölve, "System des Vermögensrechts" in R. Feenstra and R. Zimmermann (red.), *Das römisch-holländische recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, 105-122.

⁷ H.K. Briegeleb, *Über executorische Urkunden und Executivprozess*, Stuttgart, Liesching, 1845, 2 vols; G. Kisch, *Der Deutsche Arrest-*

“Germanist” than to the “Romanist” strand of legal-historical scholarship. As a result, developments in local law have not always been examined in connection to the views of legal authors, which nowadays is more currently done.⁸ In contrast to the Netherlands and Germany, legal-historical research on security interests during the Early Modern period in France and the Southern Low Countries (later Belgium) is scarce.⁹ Comparable conclusions on the state of the art can be drawn for the theme of mercantile and corporate insolvency, with the exception of France.¹⁰

For all regions mentioned, the theme of security interests has not always been assessed from the angle that is best for a full understanding of legal constellations concerning debt. A broad view on security interests must take into account all rules relating to credit, thus encompassing the rules involving contracts of loan, sale, pledge, and insolvency and imprisonment for debt. Relevant rules can be found in commercial law, the law of contract, the law of procedure and even in criminal law. In-depth studies on the insolvency laws of cities in German territories, such as for example Augsburg¹¹ and Frankfurt,¹² go

a long way in covering the broad spectrum inherent to the topic. However, for most regions and cities with commercial scenes, a combined approach of the mentioned themes has not been pursued. Therefore, a lot remains to be done. This article aims at demonstrating the potential rewards that come along with a broad thematic appreciation of the law of security interests and insolvency. Furthermore, a case will be made for a synchronic analysis of developments in several countries of continental Western Europe. Comparison allows for detecting trends that were shared across larger areas.

II. From debt enforcement proceedings to debt pooling

1. Certified debts, indicatory seizure and imprisonment (c. 1300-c. 1450)

In the law that was applied in cities of France (pays de droit coutumier), the Low Countries and German territories in the thirteenth and fourteenth centuries, debt enforcement was subjected to strict requirements. In the fourteenth century, municipal ordinances in the Low Countries and German regions commonly stressed that in principle seizures and executory sales of property of citizens could be commissioned following a proceeding in the town's courts only.¹³ Moreover, debts had to be certified by the governmental body of the locality where the contract or agreement was made in order to be considered eligible for official debt enforcement proceedings, leading up to the public sale of the debtor's properties.¹⁴

In the fourteenth-century French pays de droit coutumier and the Low Countries, the acknowledgment of debts in courts or by the king, as well as cooperation of the debtor marked common features of rules concerning debt proceedings. In the French pays de droit coutumier and the Low Countries, the latter aspect was evident in proceedings that entailed the “indication” of a pledge. In the Low Countries, “indicatory” seizures (thoonpand) were used mostly for when the debt had not been authenticated before the government of the constituency. A defaulting debtor could be invited, extra-judicially, to designate a movable item that served as collateral for his debt. If after a while the debtor did not pay the debt, the creditor could summon the debtor to court, in order to force him to acknowledge the debt and pledge (thus supplementing for the lack of certificate), after which the asset under pledge was seized and the executory sale could be

prozess in seiner geschichtlichen Entwicklung. Wien und Leipzig, 1914; H. Planitz, *Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht*. Erster Band: die Pfändung, Leipzig, Engelmann, 1912; H. Planitz, “Studien zur Geschichte des deutschen Arrestprozesses”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 34 (1913), 49-140, 39 (1918) 223-308 en 40 (1919) 87-198.

⁸ E.g. W. Forster, *Konkurs als Verfahren*. Francisco Salgado de So-moza in der Geschichte des Insolvenzrechts, Keulen, Böhlau, 2009.

⁹ See, for the pays de droit coutumier, J. Claustre, *Dans les géôles du roi. L'emprisonnement pour dette à Paris à la fin du Moyen Âge*, Paris, Sorbonne, 2007; O. Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, vol. 2, Paris, Leroux, 1930, 533-600; P.-C. Timbal, *Les obligations contractuelles dans le droit français des XI-IIe et XIVe siècles d'après la jurisprudence du Parlement*, Paris, Centre National de Recherche Scientifique, 1977, vol. 2, 337-546. For the Southern Low Countries, there is nothing more than the generalizing assessments in Ph. Godding, *Le droit privé des Pays-Bas méridionaux du 12e au 18e siècle*, Brussels, Royal Academy, 1987, 215-226, 256-257.

¹⁰ For France, legal-historical analysis has generally addressed the period after the promulgation of the Ordonnance sur le commerce of 1673: G. Antonetti, “La faillite dans la pratique notariale à Paris aux XVIIe et XVIIIe siècles”, *Le Gnomon* 63 (1988), 4-11; G. Antonetti, “La crise économique de 1729-1731 à Paris d'après les règlements de faillites”, *Études et documents du Comité pour l'histoire économique et financière de la France* 2 (1998), 35-181; N. Coquery and N. Praquin, “Règlement des faillites et pratiques judiciaires. De l'entre-soi à l'expertise du syndic (1673-1889)”, *Histoire & Mesure* 23 (2008), 43-83; V. Demars-Sion, “Contribution à l'histoire de la faillite: étude sur la cession de biens à la fin de l'Ancien Régime”, *Revue historique de droit français et étranger* 75 (1997), 33-90; F. Deshusses, “Mésurer l'insolvabilité? Usages statistiques des dossiers de faillite (1673-1807)”, *Histoire & Mesure* 23 (2008), 19-41; Cl. Dupouy, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Paris, Pichon, 1960. For the Southern Low Countries, I refer to some of my publications, which mostly tackle the situation at Antwerp, in the footnotes below. For German territories, see J. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, Enke, 1891; A. Meier, *Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003. Other monographs on historical insolvency law in German regions will be cited below.

¹¹ S. Birnbaum, *Konkursrecht der frühen Augsburger Neuzeit mit seinen gemeinrechtlichen Einflüssen*, Berlin, Hopf, 2014; P. Fischer, “Bankruptcy in early modern German territories” in Th. M. Safley (ed.), *The History of bankruptcy. Economic, social and cultural implications in early modern Europe*, Abingdon, Routledge, 2013,

¹² Ch. O. Schmitt, *Säuberlich banquerott gemacht. Konkursverfahren*

ren aus Frankfurt am Main vor dem Reichskammergericht, Cologne, Böhlau, 2016.

¹³ Godding, *Le droit privé*, 507 (nr 858); Planitz, “Studien”, 1913, 55-62.

¹⁴ Some legal historians have stated that certified debts were entitled to extrajudicial debt enforcement, even to the extent of executory sales. This is particularly the case for French regions in the pays de droit coutumier (Paris, Normandie). See, for example, Claustre, *Dans les géôles*, 180-185, in particular 183. However, in contrast to the opinion of many, certified debts (letters obligatory under seal) did not procure the right to expropriate a debtor extra-judicially, but only to lay seizure as means to pressure the debtor. Moreover, non-certified debts were not accepted as basis for executory proceedings without an acknowledgment of the debt in court. This is evident from contractual clauses allowing for private seizure (but, not executory sale). See Timbal, *Les obligations contractuelles*, vol. 2, 201-228, in particular 213.

initiated.¹⁵ In Paris at the end of the fifteenth century, letters obligatory under royal seal allowed for a comparable method of debt enforcement. Private seizure with such a letter was called “execution parée”. In contrast to the Low Countries, a letter under seal entitled the creditor to seizure of the debtor’s effects, even without preliminary governmental commission or authorizing judgment.¹⁶

However, special stipulations in private or certified contracts of sale and loan could provide shortcuts to the mentioned proceedings and entail the “indication” of an item or of all properties of the debtor, which served as collateral. In both the French pays de droit coutumier and the Low Countries, in the fourteenth century, the clause of “obligatio” granted the creditor access to the debtor’s properties by way of private seizure in case the debtor defaulted, and the clause procured preference over other creditors.¹⁷ Both “indicatory” seizures, as well as provisions in contracts that made them possible, were highly popular because of the length of the default executory proceedings. The latter were often held at some moments during the year only,¹⁸ and they could last for periods of one year and longer, in order to safeguard the right of pre-emption of members of the kin.¹⁹

Still in the fifteenth century, “voluntary” proceedings of debt enforcement existed alongside imprisonment for debt. Creditors could have their debtor arrested and incarcerated. In the later 1400s, private detention was still practised in the County of Flanders and at Antwerp.²⁰ This had been the usual practice in the thirteenth and fourteenth centuries.²¹ Italian legal writers of the thirteenth century had hesitated over the creditors’ right to keep their debtor locked up for as long as they were not given securities.²² In the fourteenth century, in the local

law of many territories of Western Europe, it was common that for imprisonment lower requirements applied than for executory proceedings. In the Low Countries and the pays de droit coutumier of France, imprisonment for debt was closely linked to the abovementioned “indication” proceeding. It served as appropriate enforcement measure for debts that had not been certified;²³ contractual provisions could stipulate that the debtor was liable “in person” as well.²⁴

However, municipal legislators came to restrict private detention. In the fifteenth century, most towns of the Low Countries had a public prison, which was used for debt imprisonments. When in the Duchy of Brabant (in the Southern Low Countries) in the fourteenth and fifteenth centuries defaulting debtors were locked up in the town’s prison, they had the possibility to apply for release, which could be granted by the creditors in exchange for the “abandonment” of their estate.²⁵ In the first decade of the sixteenth century, at Antwerp, the imprisoned debtor who had received this favour had to stand before the city’s aldermen. The debtor bowed and showed the tail of his coat in humiliation. He then handed over his goods onto his creditors and was sent free from prison. However, private detention after this ceremony, at the home of one of the creditors, remained lawful.²⁶ At the latest in 1550, practices and proceedings of this type had disappeared, which was because of the incremental acceptance of rules and views proffered in legal scholarly writings.

2. The common pledge idea: embracing the academic tradition (c. 1450-c. 1600)

Over the course of the fifteenth century municipal authorities as well as princely courts in France and the Low Countries began to acknowledge that debt enforcement was directed primarily towards the assets of a defaulter, and less towards his person.²⁷ It became a well-established rule that the enforcement of debt was to be done first on the assets of the debtor, and only in case they were not present, on the debtor himself.²⁸ These legal changes demonstrate a progressive influence of scholarly ideas. Starting in the later thirteenth century, the idea of “goods before persons” had become increasingly accepted among Italian scholars. This referred to the idea of common pledge, which was taken from Roman law.²⁹ Italian legal authors came to consider all assets of a debtor as being the collateral for his debts, even if this had not been ex-

¹⁵ Godding, *Le droit privé*, 515 (nr 870); K. Heeringa, *Rechtsbronnen der stad Schiedam*, The Hague, 1904, 48 (June 1497). If the parties to the agreement attested to the existence of the debt in front of the judges, the corroborating judgment serves as executory title. The proceeding of acknowledgment could be amended with an executory proceeding on the debtor’s assets. See for example, Claustre, *Dans les geôles*, 174-175; Godding, *Le droit privé*, 509 (nr 862).

¹⁶ Claustre, *Dans les geôles*, 180-185.

¹⁷ Claustre, *Dans les geôles*, 246; Godding, *Le droit privé*, 217-219 (nrs 365-368). Again, clauses of “obligatio specialis” (designating one asset as pledge) or “obligatio generalis” (on the totality of assets of a debtor) have commonly been categorized as sufficient grounds for executory sales and as entailing a droit de suite, whereas the source materials do not state more than seizure until full payment. For the former appraisal, see for example L. Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*. Vol. 1/1: *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, Enke, 1891, 300-301. See for a correct assessment, Timbal, *Les obligations*, vol. 2, 463-472.

¹⁸ P.J. Blok, *Leidsche rechtsbronnen uit de middeleeuwen*, The Hague, 1884, 323-324 (dating from the later fifteenth century); H.G. Hamaker, *De middeleeuwse keurboeken van de stad Leiden*, Leiden, 1873, 24-25 (dating from 1406); J. Huizinga, *Rechtsbronnen der stad Haarlem*, The Hague, 1911, p. 153-154 (23 May 1463).

¹⁹ Godding, *Le droit privé*, 241-242. The length related to the prescriptive acquisition after “one year and one day”. The executory sale proceedings were devised for immovable property, but their length seems not to have been restricted for the sale of movables. See Godding, *Le droit privé*, 515 (nr 870).

²⁰ Godding, *Le droit privé*, 511-512 (nr 864), 519 (nr 876).

²¹ Godding, *Le droit privé*, 511 (nr 864).

²² Harry Dondorp, “Partes secanto. Aulus Gellius and the Glossators”, *Revue internationale des droits de l’antiquité* 57 (2010) 141.

²³ D. De ruysscher, “Bankruptcy, Insolvency and Debt Collection Among Merchants in Antwerp (c. 1490-c. 1540)” in Safley (ed.), *The History of bankruptcy*, 187.

²⁴ Claustre, *Dans les geôles*, 243-266.

²⁵ E.g. E. Strubbe, “Het Rechtsboek van Lier (ca. 1415)”, *Bulletin de la commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de Belgique* 16 (1949-50) 150, 167.

²⁶ Willem Van der Tannerijen, *Boec van der loopender practijken der Raidtcameren van Brabant*, E Strubbe (ed.) vol 2, Brussels, CAD, 1952, 262.

²⁷ Claustre, *Dans les geôles*, 267-271; De ruysscher, “Bankruptcy”, 189-194; Godding, *Le droit privé*, 510-511 (nr 863).

²⁸ Godding, *Le droit privé*, 510-511 (nr 863).

²⁹ C. 8,22,1. See also G. Hanard, *Droit romain*, Brussels, FUSL, 1997, vol. 1, 87 (nr 87).

pressed in a contract or agreement. This view persisted in the writings of legal authors of subsequent generations.³⁰

As a result of the above, the late medieval approach of allowing debt enforcement by local courts only for as much the debt had been written in an official certificate was left. Informal debts came to be sufficient to lay arrest on a debtor's assets. All over the continent, it became common that creditors were entitled to seizure, before executory proceedings and without the debtor's cooperation, when they demonstrated that the debtor had signed a private contract or agreed on a defaulted debt. The plaintiff could substantiate his claim by submitting letters, books or mercantile instruments such as bills obligatory.³¹ However, private debt enforcement was discouraged. For pre-judgment seizures commission from municipal administrators was often required.³²

The common pledge idea was also crucial in another respect. In the early fifteenth century, debt enforcement proceedings were still usually individual undertakings. This meant that when one creditor sued for payment other creditors were not usually summoned to declare their debts. Moreover, if several creditors started lawsuits in order to claim payments from the same debtor, in the French *pays de droit coutumier* and many regions of the Low Countries and German territories priority among them was imposed according to the date of their seizures.³³ However, over the course of the 1400s and in the first decades of the sixteenth century, many municipal governments in North-West Europe imposed that the risk of a debtor's insolvency was collective. Non-secured creditors were thenceforth obliged to accept rateable reductions on their debts.³⁴ New laws were necessary in order to organize the pooling of the debtor's assets and the distribution of them over many creditors. The first municipal laws that imposed the summoning of all creditors to bring forward their claims had been Italian; they imposed collectivisation in case the debtor had passed away without sufficient means or had fled from the town (e.g. Amalfi 1274, Florence 1322).³⁵ In the course of the fifteenth century many cities in German regions and in the Low Countries imposed similar rules. In the later 1400s and early 1500s, collective proceedings were set up at

Augsburg, Antwerp (1516) and Freiburg im Breisgau (1520).³⁶

The mentioned changes in law were not usually the result of a "full reception" or legal transplanting. In the first decades of the sixteenth century, rules of Roman law that were drawn from academic writings were used in combination with earlier indigenous traditions. In early sixteenth-century Flanders, for example, a transitory rule implied that the first-seizing claimant was granted priority over the other non-secured creditors, the latter of who shared the remainder of the debtor's estate.³⁷ Furthermore, in the early 1500s, the indigenous arrangement of "abandonment" became intermingled with academic rules that were based on the Roman-law proceeding of *cessio bonorum*. With the reception of Roman law came a substantive change of this earlier practice. For example, the creditors were no longer allowed to refuse requests for liberation if the conveyance of all properties was offered in exchange.³⁸ Moreover, *cessio bonorum* entailed protection after the incarceration had ended as well. The imprisoned debtor swore an oath that he would repay the debts when later, after his release from prison, he would acquire sufficient income.³⁹ But until that time the creditors could not harass the debtor for additional payments.⁴⁰ Even though they had to give the debtor time, the latter's debts were not discharged. If the transferred assets were not sufficient to compensate all debts, then creditors were still entitled to payment of the remainder afterwards. Some cities of trade did not accept *cessio bonorum*, most probably because of its debtor-friendly characteristics: it was not practised in Bruges and Genoa, for example.⁴¹

The abovementioned changes brought about new problems. Imprisonment for debts, pledges and also insolvency regulations were closely intertwined and changes with regard to one arrangement could have an impact on others. For example, in the later decades of the fifteenth century at Antwerp the acceptance of uncertified debts as being sufficient to start seizure proceedings produced the effect that imprisonments for debt became less practised.⁴² Moreover, it was a challenge to decide when a debtor could be considered insolvent. The importance of the question was linked to the collectivised proceedings. Many cities in North-West Europa still protected their citizens from apprehension and imprisonment, even seizu-

³⁰ In a future publication, I will present an analysis of the concept of "gage commun" (Code civil s. 2092-2093), which was based on the mentioned fragment of Roman law but which had also acquired characteristics of comparable concepts such as "universitas facti", "patrimonium" and "massa".

³¹ De ruysscher and Kotlyar, "Local Traditions v. Academic Law: Collateral Rights over Movables in Holland (c. 1300-c. 1700)", *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 86 (2018) 373-374, in press; J.J. Verheul and J.P. Wade, "Prejudgment attachment of movables in French, Dutch and English law", *Netherlands International Law Review* 39 (1992) 378.

³² Godding, *Le droit privé*, 509-510 (nr. 862).

³³ J. Brissaud, *Le créancier "premier saïssissant" dans l'ancien droit français*, Paris, PUF, 1972; D. De ruysscher, "Designing the limits of creditworthiness. Insolvency in Antwerp bankruptcy legislation and practice (16th-17th centuries)", *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 76 (2008), 310; Meier, *Die Geschichte*, 39-44.

³⁴ De ruysscher, "Designing"; De ruysscher and Kotlyar, "Local Traditions" 383-384; Meier, *Die Geschichte*, 39-44.

³⁵ U. Santarelli, *Mercanti e società tra mercanti*, Turin, Giappichelli, 1998, 93.

³⁶ De ruysscher, "Designing", 310-313; Fischer, "Bankruptcy", 176-177; Meier, *Die Geschichte*, 41.

³⁷ Ph. Wielant, *Practijcke civile*, Antwerp, van der Loe, 1573, 339-340 (tit. 10, ch. 7, s. 6) and 340 (tit. 10, ch. 8, s. 1).

³⁸ Forster, *Konkurs als Verfahren*, 208; Juan Alfredo Obarrio Moreno, "La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval" *Glossae. European journal of legal history* 13 (2016) 446; W. Pakter, "The Origins of Bankruptcy in Medieval Canon and Roman Law" in Peter Linehan (ed), *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law*, Vatican City, 1988, 491; P. Zambrana Moral, *Derecho Concursal Histórico I. Trabajos de Investigación*, Barcelona, 2001, 81-84, 146-147, 181.

³⁹ Obarrio Moreno, "La *cessio bonorum*", 450, 453; Zambrana Moral, *Derecho concursal*, 178.

⁴⁰ Pakter, "The Origins", 495-496.

⁴¹ Birnbaum, *Konkursrecht*, 32; L. Gilliodts-Van Severen, *Coutumes de la ville de Bruges*, vol. 2, Brussels, Gobbaerts, 1875, 306-315.

⁴² De ruysscher, "Bankruptcy", 188-189.

re, for debts; an exception to these rules was when citizens were insolvent. At first, insolvency was categorized in terms of the absconding from the creditors. In the fifteenth century, below as well as above the Alps, flight of debtors was a normal phenomenon. This was closely linked to the morals surrounding debt and bankruptcy. Still in the sixteenth century, it was shameful when because of breaches of trust no credit could be found. In fact, in the later Middle Ages, many debts were “renewed”; with the approaching default date parties could negotiate on a new term of payment. But if debts accrued to the point that debtors lost their reputation of creditworthiness, the strict enforcement mechanisms triggered many to leave their town.⁴³ Hans Planitz demonstrated that in German regions and in the Low Countries of the later Middle Ages rules regarding fugitive citizens purported to lower bars for creditors to gain access to the (remainder of) their estates.⁴⁴

Ideas surrounding insolvency changed tremendously when convictions grew that insolvency was not in all cases the result of fraud. The latter had been a general belief in the High Middle Ages (c.1000-c.1250), which was subsumed in the proverb “decoctor ergo fraudator”. Any fugitive was held to be a fraud. Later on, city laws of Italian cities provided that those who “halted” payments were subjected to insolvency proceedings.⁴⁵ “Impending flight” or “fear of flight” came to be regarded as a sufficient starting point for insolvency proceedings.⁴⁶ However, in the sixteenth century, these views were adjusted. In Benvenuto Stracca’s treatise *De conturbatoribus sive decoctoribus*, which was published in 1553, accidental insolvents were distinguished from those that had become insolvent due to their own actions. In continental Europe North of the Alps, starting from the later fifteenth century onwards, the infiltrating ideas regarding bonafide and treacherous bankrupts were combined with a distinction between insolvency and bankruptcy.⁴⁷ In 1564, for example, the Augsburg 1447 Gantordnung and the Nuremberg Reformation of 1479 were replaced with *Faillitenordnungen*, based on insolvency as criterion.⁴⁸ In a breakthrough section, the 1510 Parisian *coutume* provided that the “first come, first serve” rule did not apply in the case of *déconfiture*. *Déconfiture* consisted of a shortage of funds that was attested when more than one creditor sued for debt.⁴⁹

In the periods mentioned, these legal developments were happening within the jurisdiction of fairs and towns with vibrant commercial scenes. Some economic historians have assessed bankruptcies as a new phenomenon of the fifteenth century, which became widespread in the sixteenth century, and categorized the novelty of the trend as the result of economic factors.⁵⁰ However, when legislation and institutional practices are assessed in a comparative fashion, it appears more probable that collective insolvency proceedings evolved out of incremental legal innovations and the embracing of scholarly ideas, which were taking place in more or less the same period and which were not dependent from economic factors. Before around 1450, debt enforcement proceedings above the Alps had largely been individual; from that time onwards collectivisation in proceedings and the pooling of assets and debts were pursued, developments which clearly bear the mark of academic legal scholarship and the Roman law on which they elaborated.

3. Non-possessory pledging in the new settings (c. 1450-c. 1600)

The mentioned shift from debt enforcement for certified debts to generalized enforcement proceedings had important consequences for pledging. Contracts, certified or private, often contained clauses that provided the creditor with a security. Already in the second half of the thirteenth century, in Paris and the Southern Low Countries, the non-possessory security provision “on all the goods of the debtor” was inserted into debt instruments and contracts.⁵¹ When the scope of debt enforcements was limited to certified debts, clauses of collateral enforced the claims of creditors on their debtors’ assets, which could be expropriated in executory proceedings. With generalized debt enforcement and collective proceedings in place, which were rooted in the common pledge idea, contractual clauses on securities took on another function: they served to establish priority over other creditors.⁵²

Generally speaking, in French *pays de droit coutumier*, the Low Countries, and German territories, in the fifteenth and sixteenth centuries the reception of academic views did not result in general hypothecs and non-possessory security interests of movables being combined with a right of pursuit. It was believed that creditors had taken the risk of leaving assets with the debtor, or pledge on his belongings without taking a pawn. If the debtor transferred the assets under pledge to third parties, then the pledge was forfeited.⁵³ Bylaws of cities stipulated that

⁴³ This was still common in the sixteenth century: J. Puttevils, *Merchants and Trading in the Sixteenth Century: the Golden Age of Antwerp*, London, Pickering & Chatto, 2015, 98, 111.

⁴⁴ Planitz, “Studien”.

⁴⁵ Santarelli, *Mercanti*, 71-74.

⁴⁶ M. Spann, *Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung. Eine exemplarische Untersuchung der geschichtlichen Rechtsquellen ausgehend vom Römischen Recht bis ins 21. Jh. unter besonderer Berücksichtigung bayerischer Quellen*, Münster, Lit, 183-184.

⁴⁷ De ruysscher, “Designing”, 314-315.

⁴⁸ Fischer, “Bankruptcy”, 179.

⁴⁹ L. Levinthal, “The early history of bankruptcy law”, *University of Pennsylvania Law Review* 66 (1918), 245. See also Martin, *Histoire de la coutume*, vol. 2, 590. Martin treats this rule as only featuring in the 1580 *coutume*, but the principle of rateable distribution at *déconfiture* was already mentioned in the 1510 *coutume* (s. 197).

⁵⁰ Th.M. Safley, “Introduction: a history of bankruptcy and bankruptcy in history” in Safley (ed.), *The History of Bankruptcy*, 3; M. Schulte-Beerbühl, “Introduction” in A. Cordes and M. Schulte-Beerbühl (eds.), *Dealing with economic failures: Extrajudicial and judicial conflict regulations*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2016, 13.

⁵¹ Claustre, *Dans les géôles*, 244; Godding, *Le droit privé*, 218 (nr 366); Martin, *Histoire de la coutume*, vol. 2, 530.

⁵² De ruysscher and Kotlyar, “Local Traditions”, 384.

⁵³ A.S. de Blécourt and H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*, Groningen 1967 (7th ed.) 248 (nr 174 a); Planitz, *Die Vermögensvollstreckung*, 274; A.G. Pos, *Hypotheek op roerend goed (bezitloos pandrecht)*, enkele rechtshistorische en rechtsvergelijkende beschouwingen, Dordrecht, 1970, 131, 145.

unpaid sellers could not pursue their deliveries with third parties if they had not been paid, even though this was possible according to Roman law (Inst. 2,1,41).⁵⁴ Some cities generally imposed the rule that sale on credit was at the risk of the seller and that no claims, not even for payment of the price, could be brought in the courts.⁵⁵ By way of compensation, however, some local laws allowed for third-party seizures. In that case, the creditor laid arrest on assets that pertained to his debtor in one way or another, even though they were retrieved not with the debtor but with a third party. This proceeding served to pressure the debtor into making payments or providing sureties or pledges. The third-party seizure proceedings were aimed at seizure and not at executory sale, except for when the third party under seizure had cooperated in a scheme of fraudulent conveyances.⁵⁶ Considering all of the above, an older view that local legislation corroborated the mercantile custom that any sale on credit encompassed a right to resolve the contract if the price was not paid, and retrieve the delivered assets even with third parties, seems incorrect.⁵⁷

III. Negotiated solutions upon insolvency

Until the end of the Middle Ages, most bankruptcies were started by creditors. As mentioned above, debtors did not have incentives to bring forward their financial difficulties. Yet from the fifteenth century onwards, in continental Europe, insolvency proceedings based on debtors' initiatives and which were not directed towards liquidation only were slowly crafted along three different routes. One path was concerned with post-bankruptcy negotiations on postponements and reductions. Above the Alps, this approach was applied incrementally from the sixteenth century onwards. Before that time, in those regions debtors could petition for government-granted temporary protection from seizures and imprisonments. It was only in the eighteenth century that in the Low Countries and German territories another strategy became widespread. Municipal authorities started imposing payment plans on creditors.

1. Post-insolvency compositions

From the late fourteenth century onwards, rulers of Italian cities started accepting debtor-creditor agreements (sometimes labelled *concordato*) with restraint. Such agreements could be drafted after the public alert that a debtor had gone bankrupt and the inventorying of his

estate.⁵⁸ Fled debtors could be given protection, in exchange for their cooperation in listing their properties and for postponements of payment.⁵⁹ Payment plans were not negotiated reorganisation schemes. The purpose of the *concordato* was not to preserve the business activities, or the going concern of the debtor's firm or shop. In fact, negotiations only suspended the public sale of the insolvent's estate, and liquidation was always possible if the talks did not result in an agreement.⁶⁰ Moreover, the requirements for a *concordato* were generally strict. A minimum part of the creditors, in sums, had to agree in order to impose the contents of the agreement on dissenting and absent creditors. The high majority requirements (for example, seven eighths of debts in sixteenth-century Genoa⁶¹) responded to the general principle, proffered in legal scholarship of the time, that no one could be bound under a contract that had not been present at its drafting. Because academic scholars of contract law stuck to the abovementioned principles, fifteenth- and sixteenth-century legal doctrine did not elaborate on imposed debt arrangements, in particular those encompassing reductions.⁶² The *concordato* was a legally supported debt scheme, at least in local law, but because of the doctrinal restrictions the scope of the arrangement was limited. Further impediments included conditions as to the duration of a *concordato*⁶³ and short periods of time were imposed during which they had to be negotiated.⁶⁴ Moreover, the creditors' rights were considered fully revived even upon a minor non-compliance with the agreement.⁶⁵

Because of the authority of legal scholarly texts, ordinances that stipulated a "cramdown" of the type mentioned, of post-bankruptcy negotiated deals on unwilling creditors, appeared relatively late outside Italy. In Nuremberg, majority compositions were mentioned in the city's legislation for the first time in 1564; Augsburg followed suit in 1574.⁶⁶ In Antwerp majority debt schemes were acknowledged only in 1608, long after the city's economic prosperity had dwindled.⁶⁷ Frankfurt accepted majority compositions in 1611.⁶⁸ Also, conditions were severe. Nuremberg's law of 1564 acknowledged five-year moratorium compositions only for as much as the dissenting

⁵⁴ De ruysscher and Kotlyar, "Local Traditions", 379.

⁵⁵ For example at Leiden: H.G. Hamaker, *De middeneeuwsche keurboeken van de stad Leiden*, Leiden, 1873, 331 (book 5, part 2, s. 36, dating from 10 June 1521).

⁵⁶ Hamaker, *De middeneeuwsche keurboeken*, 438 (book 4, s. 67, dating from 1545); C. Neostadius, *Utriusque Hollandiae, Zelandiae, Frisiaeque Curiae Decisiones* ..., The Hague 1667, p. 116 (decision 45, dating from around 1584). On the *actio Pauliana* and its reception, see H. Ankum, *De geschiedenis der actio Pauliana*, Zwolle, 1962.

⁵⁷ See for this view: A. Frémery, *Études de droit commercial*, Parijs, Alex-Gobelet, 1833, 396; G. Schiemann, "Über die Funktion des *pactum reservati dominii* während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung* 93 (1976) 195-198.

⁵⁸ A. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento. Trattato teorico-pratico*. Turin, Bocca, 1902, 36-40.

⁵⁹ Rocco, *Il concordato*, 37.

⁶⁰ Rocco, *Il concordato*, 46; Santarelli, *Mercanti*, 103, 106-107.

⁶¹ Rocco, *Il concordato*, 41-42, n. 21.

⁶² J.H. Dalhuisen, *Compositions in bankruptcy. A comparative study of the laws of the E.E.C. countries, England and the U.S.A.*, Leiden, Sijthoff, 1968, 19-24; F. Migliorino, *Mysteria concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milan, Giuffrè, 131-138, 164-194; Santarelli, *Mercanti*, 104.

⁶³ Rocco, *Il concordato*, 43.

⁶⁴ Rocco, *Il concordato*, 40.

⁶⁵ Rocco, *Il concordato*, 44.

⁶⁶ Birnbaum, *Konkursrecht*, 50-53; Dalhuisen, *Compositions*, 21, n. 99; M. Eisenhardt, *Sanierung statt Liquidation*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2011, 42.

⁶⁷ G. De Longé (ed.), *Coutumes du pays et duché de Brabant. Quartier d'Anvers. Coutumes de la ville d'Anvers*, vol. 4, Brussels, Gobbaerts, 1874, 400-402 (dl. 4, tit. 16, art. 36).

⁶⁸ Schmitt, *Säuberlich banquerott gemacht*, 332-334.

creditors received pledges as collateral for their debts.⁶⁹ The 1673 French Ordonnance sur le commerce labelled concordats as lawful provided that they were supported by creditors representing three quarters of claims.⁷⁰ Furthermore, it was common that concordatos only restricted the rights of unsecured creditors. Creditors having pawns or non-possessory hypothecs as well as owners were excluded from the temporary protection which was common for the duration of the instalment plan: they could still seize their securitized assets irrespective of the negotiated moratorium. The 1673 French Ordonnance sur le commerce, as well, exempted creditors with hypothecs if they did not consent to a concordat.⁷¹

2. Government-imposed moratoriums

Next to concordatos, in the sixteenth century older remedies were still in use. Government-granted temporary relief measures allowed debtors to recover during a brief period of time. In France and the Low Countries, debtors could apply for lettres de répit and other comparable measures, which imposed a period of protection. These letters had to be brought in civil courts, which checked the veracity of the debtor's statements. In practice, however, the authority of these courts was minimal. In France, petitions for letters more or less entailed an automatic moratorium because the creditors could not easily contest their contents.⁷² In the Low Countries, provincial princely courts issued lettres de répit and similar letters (e.g. lettres de saufoconduite). Yet in contrast to France, and at least since the later 1520s, they were considered summons for creditors to start negotiations.⁷³ The Reichspolizeiordnung of 1548 centralised government-granted moratoriums in German territories, which were awarded upon a scrutiny of the trustworthiness of the applicant.⁷⁴ This approach had been practised in Italy in the later Middle Ages as well. Requests for stays served to impose a cooling down period, during which negotiations on postponements of payment were begun (salvocondotto, inducia).⁷⁵ In the sixteenth and seventeenth centuries these tactics were copied in other areas north of the Alps. The 1603 Hamburg Stadtrecht mentioned a government-imposed moratorium allowing for debtor-creditor talks;⁷⁶ comparable measures were listed in the 1659 insolvency ordinance of the city of Amsterdam.⁷⁷

3. Imposed compliance

In some areas, petitions for princely moratoriums were transformed into voluntary collective negotiation proceedings. Such was the case in Antwerp, for example. From the later 1520s onwards, every request for relief from princely courts and councils was brought over to the municipal government. Thereupon commissioners were appointed who invited the creditors and they attempted to seek an agreement among all of them. When a deal on debt adjustment was made, which was often the case, it was confirmed by the court or council that had transferred the case.⁷⁸ In Hamburg, government-directed negotiations upon a debtor's petition emerged in the eighteenth century. In 1753, the Hamburg Faillitenordnung was directed towards compositions. Municipal commissioners supervising the negotiations actively brokered consensus among all creditors.⁷⁹ Comparable strategies were pursued in Amsterdam from 1777 onwards. A temporary stay was combined with negotiations among the creditors. The commissioners of the Insolvency Chamber actively had to convince minority creditors of accepting negotiated agreements.⁸⁰ A very modern feature was the rule that secured creditors, with the exception of owners, were forced to support payment plans. The Hamburg 1753 law stipulated tranches of repayable debt for different categories of creditors, but did not exclude secured creditors. A distinction was made between prior and recently secured creditors.⁸¹ It is only very recently that legislators around the world are considering "carve-outs". Such arrangements impose secured creditors to contribute in one way or another to reorganisation proceedings. Usually this entails them being invited to pay a share of the costs, but sometimes cuts on their debts are anticipated.⁸² Because of the mentioned legislative strategies, in the mentioned eighteenth-century cities pre-packaged deals were possible. Negotiations could then take place before any government intervention. Secured creditors could accept payment plans because they were sure as to what they would lose in case a scheme were imposed without their consent.⁸³

IV. Structuring debt: the ranking of creditors

In the sixteenth and seventeenth centuries, many legislators above the Alps were engaged in drawing up ranks of debts. This was due to the newly introduced collective insolvency proceedings. For this theme, however, the rulers of cities could not rely too much on academic legal writings, which were notoriously confused on the issue. The Roman law on the hierarchy of debts, which in post-classical times also encompassed legal hypothecs and privilegia exigendi, was difficult to grasp.⁸⁴ Yet, there were

⁶⁹ Eisenhardt, Sanierung statt Liquidation, 42.

⁷⁰ Dupouy, Le droit des faillites, 153-154.

⁷¹ Dupouy, Le droit des faillites, 154.

⁷² Dupouy, Le droit des faillites, 138-145; J. Sgard, "Bankruptcy, fresh start and debt renegotiation in England and France (17th to 18th centuries)" in Safley (ed.), The history of bankruptcy, 227.

⁷³ D. De ruysscher, "The struggle for voluntary bankruptcy and debt adjustment in Antwerp (c. 1520-c. 1550)" in Cordes and Schulte-Beerbühl (eds.), Dealing with economic failures, 83-86.

⁷⁴ Forster, Konkurs als Verfahren, 211.

⁷⁵ Santarelli, Mercanti, 106.

⁷⁶ Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuta, Hamburg, Perthes, 1842, 231-232 (ch. 43, s. 6).

⁷⁷ Hand-vesten, privilegien, octroyen, costumen en willekeuren der stad Amstelredam, Amsterdam, Smient, 1663, 256 (2 April 1659, s. 6).

⁷⁸ De ruysscher, "The Struggle", 86-93.

⁷⁹ J.N. Misler and J.G. Misler, Essai sur le droit de Hambourg touchant les faillites, Geneva, Froullé, 1781, 3, 30-31.

⁸⁰ M. Roestoff, "Skuldverligtingsmaatregelen vir Individue in die Suid-Afrikaanse Insolvensiereg: 'n historiese ondersoek", Fundamina (10) 2004-05, 83.

⁸¹ Misler and Misler, Essai, 25-27.

⁸² Misler and Misler, Essai, 25-27.

⁸³ Misler and Misler, Essai, 31.

⁸⁴ Forster, Konkurs als Verfahren, 128; Zwolve, "A Labyrinth of Creditors", 43.

some general principles that were common in fifteenth-century legal academic writings and to which administrators of towns abided as well. The first one was the “prior tempore” rule, which was considered a firm guiding maxim in securities. A pledgee had priority over another pledgee if the former’s debt was negotiated prior to the latter’s security. In the sixteenth century, however, on the basis of C. 8,13(14),² it was sometimes considered, in France and also in the Low Countries, that the distinction between general and special pledges mattered, and that the latter could in some circumstances be given preference over the former, even if the latter had been made later than the general pledge.⁸⁵

This amounted to yet another inconsistency within doctrine and local rulers often experienced difficulties in setting up a legislative framework with references to legal academic texts. Moreover, it was far from clear to what extent legal hypothecs and privilegia exigendi vested in the law could trump negotiated securities. In the Roman source texts, there were several examples of legal hypothecs and privilegia exigendi that took precedence over negotiated securities. The best-known example is that of the dowry, which Emperor Justinian promoted to the first tacit hypothec, having priority over every other security, including the negotiated ones (C. 8,17,12,4). Legal hypothecs that were also privilegia exigendi, of which the dowry was one example, were particularly difficult to rank. This was the case for debts out of tax claims as well.⁸⁶

Accursius’ *Magna Glossa* (middle 13th century) listed the dowry after tax debts, but hesitated on whether the former had priority over contracts of hypothecs (i.e. non-possessory pledges of movables or immovables).⁸⁷ Cinus of Pistoia (dec. 1336/37) prioritized the dowry over all debts, including tax debts and negotiated hypothecs. But Bartolus of Saxoferrato (dec. 1357) and even more so Baldus de Ubaldis (dec. 1400) took contracts of hypothec as being more important than the dowry.⁸⁸ The teachings on the “privilegium duplex” added to the controversies. This entailed that those creditors having both a privilegium exigendi and a legal hypothec were given priority over creditors that only had a privilegium exigendi or a hypotheca.⁸⁹ The dowry fitted within the combined privilegium, since the Justinianic texts contained categorisations of the dowry as being privilegium and hypotheca. But Negusantius at the beginning of the sixteenth century envisaged that a negotiated security had duplex privilegium even if it fell under one of the privilegia exigendi and was “prior tempore”.⁹⁰

The example of Antwerp is an illustration of how the obscurity on the matter was dealt with. A municipal bylaw of January 1516 categorized debts of salaries, debts of lease and debts of alimony as the highest preferential debts. They had to be paid after secured creditors, having pledges and hypothecs, but before the unsecured creditors.⁹¹ The dowry was not mentioned in the bylaw. The Antwerp rulers most probably continued to rely on an older rule that stipulated that the wife, or widow in case of an insolvent inheritance, could only claim her dowry after all creditors had been paid.⁹² In June 1518 a new bylaw was made, which completely shifted the ranks mentioned in the 1516 bylaw. Salaries were to be paid first, but debts of lease were now referred to an inferior rank, even after creditors with non-secured debts that had obtained a judgment before the debtor’s insolvency.⁹³ Between 1518 and 1523, a compilation of municipal rules that were imposed in the Antwerp City Court mentioned the dowry for the first time since 1495. It stipulated that the dowry was to be paid after the debts of lease, salaries and alimony, but that it had priority over hypothecs.⁹⁴ This was a new overhaul. Debts of lease were put higher on the scale again, as compared to the 1518 bylaw. But most crucially, the dowry was now regarded upon as a preferential debt, which had not been the case before. The dowry was considered the wife’s if she had agreed with her husband on investing the dowry into the marriage on the condition that it was to be used by the surviving spouse. The wife could not recover the dowry in case she accepted to have her share of the inheritance.⁹⁵

But around 1523, shortly after the mentioned compilation was completed, the Antwerp priority rules changed again; the dowry moved up the ladder and was considered the highest preferential debt, even to the extent that it was considered more important than debts of lease, salaries and alimony.⁹⁶ Quite remarkably, the new rule was the complete opposite of what had been provided in 1495, when the dowry was the last debt that could be claimed. In a period of some thirty years the regime of recoveries of dowries had thus changed fundamentally. But however, this was not the final stage of legal development. When in 1548 a new compilation of Antwerp law was drafted, the rules were again changed. First came debts of lease, thereafter the dowry, followed by debts of salaries. Alimony was left out of the list of prioritized debts.⁹⁷

⁸⁵ Koops, *Vormen van subsidiariteit*, 137; W. Zwolve, “Tekst & Uitleg XII. C. 8,13(14),2”, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 27 (2010) 138–139.

⁸⁶ For the tax debt as encompassing a privilegium exigendi, see D. 42,5,34, and as hypotheca, see C. 7,73,1; C. 8,14,4,4 and C. 12,62,3. For the dowry as entailing a privilegium exigendi, see D. 42,5,1–19pr., and a hypotheca, see C. 5,12,30pr.; C. 8,17,12,4 and Inst. 4,6,29.

⁸⁷ Forster, *Konkurs als Verfahren*, 142–146; Pakter, “The Origins of Bankruptcy”, 502.

⁸⁸ Pakter, “The Origins of Bankruptcy”, 502–504.

⁸⁹ Forster, *Konkurs als Verfahren*, 149–157.

⁹⁰ Forster, *Konkurs als Verfahren*, 151.

⁹¹ De ruysscher, “De ontwikkeling van het Antwerpse privaatrecht in de aanloop naar de costuymen van 1548. Uitgave van het Gulden Boeck (ca. 1510-ca. 1537), (projecten van) ordonnances (1496-ca.1546), een rechtsboek (ca. 1541-ca. 1545) en proeven van hoofdstukken van de costuymen van 1548”, *Bulletin de la commission royale pour la publication des anciennes lois et ordonnances de Belgique* 54 (2013) 198.

⁹² ACA, V, 68, fol. 5v (24 March 1495 ns).

⁹³ De ruysscher, “De ontwikkeling”, 203–204.

⁹⁴ ACA, V, 2, s. 119.

⁹⁵ General Archives of the Realm in Brussels (hereafter GARB), *Papieren van State en Audiëntie*, 1191/41, 34, s. 5/20.

⁹⁶ ACA, V, 68, fol. 45v (between March 1523 and January 1526), fol. 63r (2 June 1526), and fol. 83v (22 July 1529).

⁹⁷ De Longé (ed.), *Coutumes du pays et duché de Brabant*, vol. 1, 172 (s. 14–15).

Accursius treated the priority among *privilegia exigendi* mostly according to their nature instead of their date of coming into being. This brought him to put tax debts as the highest preferential debt, before the dowry, costs to refurbish or save an asset under pledge or hypothec and costs of funeral.⁹⁸ In the sixteenth century, however, it had become more common to put negotiated securities before tacit securities, and therefore also in precedence over tax debts. More research on the issue is required, but it might have been that in the later 1500s and in the seventeenth century this was changed again, because the doctrinal rules conflicted with a more prominent role of taxation as pertaining to government imposed obligations.⁹⁹ As a result of the conflicting and perplexing rules, taxes could in one region be considered super-priority debts, and in others debts that were preferential but only after negotiated securities. Also in German regions divergence existed, in the sixteenth and seventeenth centuries. Some municipal and regional laws stipulated that tax debts were considered preferential over negotiated securities, whereas others considered these debts as entailing a general privilege that succumbed to the rights of creditors with conventional pledges and hypothecs.¹⁰⁰

V. The aftermath: the codifications and the slow return of the Old Regime

The example of the ranks of debts shows how legal scholarship with regard to security interests was chequered, yet also influential. Many parts of the doctrine, and also local law, on preferential debts were copied in the age of codifications. This was more the case with regard to security interests, than with respect to insolvency. Moreover, with regard to non-possessory pledges, codifications imposed new solutions as well.

When in 1804 the French Code civil was issued, a new era started for security interests. The French revolutionaries had a general distrust of tacit legal hypothecs and non-possessory pledges. The first ones were considered as ridden with uncertainty and the latter often offered possibilities for fraud.¹⁰¹ Most nineteenth-century codes stipulated that movable items that were securitized had to be handed over to the creditor.¹⁰² These rules were a complete breach with the rules of the preceding era. In the eighteenth century, pledges could be non-possessory. They did not generally entail a right of pursuit and the rank of such debts was commonly restricted, but they brought about a priority over non-secured creditors.¹⁰³ The Civil code tore down this system, but at the same

time imposed priorities on movables that often corresponded to older privileges. One example is the privilege of the seller of movables, which had been delivered and for which the price was not paid. This priority was rather weak, in that other privileges took precedence over the unpaid seller's rights. Also, the privilege was restricted to when the assets delivered were still with the debtor. If the latter had sold them, the seller could not invoke the privilege (s. 2102, 4° Code civil). Other codes could allow non-possessory pledges, such as for example the German ADHGB (1861), but in that code it was stipulated that third parties were protected against claims out of these pledges if they were unaware of their existence (s. 306). Another mark of the past was the privilege for the dowry in the French Civil Code, which was labelled a *hypothèque*. For fiscal duties, no privilege or legal hypothec was imposed, but in France as well as in Belgium, it was considered to apply because of older, mostly seventeenth-century legislation.¹⁰⁴

Nineteenth-century French mercantile insolvency rules differed from those of the past. The French Code de commerce of 1807, which was not only in force in France but also in the Southern Netherlands (later Belgium), listed rules regarding "commerçants", merchants, and their insolvencies. Upon insolvency, which was defined as the "halting" of payments, proceedings had to be started before a commercial court. Insolvents were deemed to have committed fraud; they were arrested at the start of the proceedings (s. 453) and could regain their freedom upon a granting of "saufconduite" (s. 466). Negotiations leading up to a composition ("concordat") were possible, but only after the debtor had formally been acknowledged as "faillite". If negotiations failed, the only outcome of the insolvency trial was liquidation of the estate. The verdict of creditors also decided on the "excusability" of the debtor (s. 613). If in the course of the bankruptcy proceedings no traces of criminal behaviour had been found, the insolvent was declared "excusable" which made him eligible for re-entry in the market at a later time ("rehabilitation") (s. 614). Yet, not all creditors were involved: secured creditors, who held a hypothec or pawn as collateral for their debts, were considered "separatists". They could ignore the insolvency proceedings, and even a composition, and sue to obtain their collateralized assets.¹⁰⁵

Over the course of the nineteenth century, pre-insolvency compositions were re-introduced in France and Belgium. In 1883 the Belgian concordat préventif was created and in 1889 a French law on liquidation judiciaire was promulgated. Even though these arrangements were new in many respects, they were still burdened by the earlier contents of the commercial code. For example, secured creditors were exempted from the conse-

⁹⁸ Forster, *Konkurs als Verfahren*, 144-145.

⁹⁹ A stronger position of tax debts may have been a proxy of state formation and theories on monarchical powers. Yet, also the maxim "in dubio contra fiscum" was widespread. See for example B. Clavero, "Hispanus fiscus, persona ficta. Concepción del sujeto político en el ius commune moderno", *Quaderni Fiorentini* 11-12 (1982-83) 113-129.

¹⁰⁰ Forster, *Konkurs als Verfahren*, 164-173; Meier, *Die Geschichte*, 71.

¹⁰¹ *Exposé des motifs de la loi relative aux privilèges et hypothèques*, in "Privilèges et hypothèques", *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Bureau de la Jurisprudence générale, 1858, 38 (nr. 2).

¹⁰² Zwölve, "A labyrinth of creditors", 47.

¹⁰³ Van Hoof, *Generale zekerheidsrechten*.

¹⁰⁴ See for example, V. Vouin, *Des effets de l'inscription des privilèges*, Brussels, Cadoret, 1908, 8-9 (referring to the Eeuwige Edict of 1611).

¹⁰⁵ P.-C. Hautcoeur and N. Levratto, "Faillite" in A. Stanziani (ed.), *Dictionnaire historique de l'économie droit*, Paris, 2007, 159-167; J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, PUF, 1986, 325-330; Szramkiewicz and Descamps, *Histoire du droit des affaires*, 384-394.

quences of compositions. Majority requirements were high as well. In German legislation, similar rules applied. The 1855 Prussian Konkursordnung as well as the Reichskonkursordnung of 1877, on the basis of the French example, imposed a majority of three fourths of debts for post-insolvency compositions.¹⁰⁶ Only in 1927, rules on pre-insolvency agreements were issued in the Vergleichsordnung.¹⁰⁷

A comparable return to the Old Regime concerned pledges. The legal re-acknowledgment of non-possessory pledges took a long time. Reforms of security interests took place in France in 1863 and in Belgium in 1872. The principle, however, that the debtor was dispossessed and that the creditor had to receive and hold the pledge remained. A minor step towards non-possessory pledges was the introduction of warrants. They encompassed security interests on goods that remained with the debtor.¹⁰⁸ In France, in 1909 and in Belgium, only in 1919 it became possible to pledge a business estate, thus leaving it with the debtor.¹⁰⁹

VI. Conclusion

All of the above demonstrates that legal changes in the theme of security interests and insolvency were intricate-

ly connected. Also, developments had transnational characteristics. This was the case in the nineteenth century, when the example of the French commercial code was followed in Belgium and also to a large extent in Germany. Yet, also in the Early Modern period rules on collective proceedings and post-insolvency compositions can be situated in the same timeframes. On the impact of legislation, court practice and the commercial attitudes a lot needs to be found out. For France, economic historians have looked closer to the practices surrounding pledging in the second half of the nineteenth century, and that research yielded as result that in practice some loopholes in the legislation were used so as to devise non-possessory pledges, which were supported in case law.¹¹⁰ For Belgium, the Netherlands and Germany, legal-historical research into contractual and judicial practices on the issues of security interests and insolvency in the nineteenth century, but also for previous periods, is virtually absent. However, the importance of analysis of this type cannot be underestimated. Results would be a considerable step forward for assessing required changes in present-day law. Also, big questions relating to legal pluralism and the impact of codifications, as well as concerning the interplay between law and economy, cannot be answered properly without scrutiny of practices on the ground.

¹⁰⁶ Meier, *Die Geschichte*, 99-100, 145.

¹⁰⁷ Meier, *Die Geschichte*, 204.

¹⁰⁸ The Belgian law on warrants was passed in 1862, the French law dates from 1863. In fact this was a form of fiducia since the cédule and the warrant were given jointly to the creditor. The cédule encompassed the rights of ownership, the warrant was the security over the stock of the debtor. See Szramkiewicz and Descamps, *Histoire du droit des affaires*, 382-383.

¹⁰⁹ A. Stanziani, "Fonds de commerce" in A. Stanziani (ed.), *Dictionnaire historique de l'économie droit*, Paris, 2007, 185-194.

¹¹⁰ A. Stanziani, "Le capital intangible: le fonds de commerce et son nantissement" in N. Levratto and A. Stanziani (eds.), *Le capitalisme au futur antérieur. Crédit et spéculation en France, fin XVIIIe-début XXe siècles*, Brussels, Bruylant, 2011, 143-161.

Zur Vorgeschichte des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in der Schweiz bis 1869

Lukas Gschwend/Matthias Kradolfer

I. Einleitung

Das Insolvenzrecht war in der Schweiz bis Ende des 19. Jahrhunderts Gegenstand unterschiedlicher kantonaler Rechtstraditionen, welche zwar teilweise in wechselseitiger genetischer Abhängigkeit standen, doch unterschieden sich die kantonalen Regelungen deutlich.¹ Es fehlte in Lehre und Gesetzgebung bis zur Einführung des Schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) 1889 sogar eine allgemein anerkannte Trennung zwischen Insolvenz- und Zivilprozessrecht. Sodann bestand eine deutliche Diskrepanz zwischen der oft an ausländischen und historischen Vorbildern orientierten rechtswissenschaftlichen Lehre und der regionalen Praxis. Angesichts der vielerorts prekären ökonomischen Verhältnisse und der weitverbreiteten privaten Schuldenwirtschaft erstaunt der geringe Stellenwert des

Rechtsgebietes in Lehre und Forschung. An der Universität Zürich las der 1850 aus Preussen geflohene Richter Jodokus Temme 1856 erstmals „Gemeiner deutscher Civilprocess mit Einschluss des summarischen Prozesses und des Concursverfahrens“. Parallel dazu bot Privatdozent Aloys von Orelli eine Veranstaltung zum „Zürcherischen Civilprocess mit Einschluss des Concursverfahrens und der summarischen Prozesse“ an.² Die Vorlesung findet sich in späteren Jahren aber nicht mehr. Offensichtlich war das Interesse der Studierenden an diesem Rechtsgebiet gering.

Im Gegensatz zum Privat- und Strafrecht, wo bis 1874 eine Bundeskompetenz ebenso fehlte, verfügte das Zwangsvollstreckungsrecht in ganz Europa über eine vergleichsweise bescheidene Wissenschaftstradition.³ Bis

¹ Vgl. Ernst Meyer, *Über das Schuldrecht der deutschen Schweiz*, S. 238-242.

² Vgl. Vorlesungsverzeichnis der Universität Zürich vom Sommersemester 1856, <http://www.histvv.uzh.ch/vv/1856s.html> (besucht am 9. November 2018).

³ Schurter/Fritzsche, *Zivilprozessrecht des Bundes I*, S. 2-3.

1870 erschien zum Insolvenz- und Zwangsvollstreckungsrecht sowohl in den Staaten des Deutschen Bundes als auch in Österreich-Ungarn vergleichsweise wenig juristische Fachliteratur, stand die Thematik doch traditionellerweise im Schatten des Zivilprozessrechts. In Frankreich erlangte das Insolvenzrecht demgegenüber – nicht zuletzt dank der napoleonischen Unifizierung der Verfahrensrechte und des Code de Commerce von 1807 – deutlich früher rechtswissenschaftliche Relevanz.

Bis 1874 lag die Regelungshoheit für das gesamte Verfahrensrecht bei den Kantonen.⁴ Mit der Totalrevision der Bundesverfassung gewann der Bund in jenem Jahr eine nachträglich derogatorische Gesetzgebungskompetenz, die er 1892 mit Inkraftsetzung des SchKG realisierte.⁵ Mit der Gründung des Schweizerischen Juristenvereins (SJV) 1861 war ein Gefäss für einen nationalen rechtswissenschaftlichen Diskurs geschaffen worden. Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht rückte in diesem Kreis erstmals ins Zentrum des rechtswissenschaftlichen Interesses als der SJV 1868 das Projekt einer bundesrechtlichen Vereinheitlichung des Insolvenzrechts initiierte und zum Thema des damaligen Schweizerischen Juristentags machte.⁶ Dennoch blieben die Aktivitäten in Forschung und Lehre in der Schweiz bis weit ins 20. Jahrhundert hinein hinter jenen zum Straf- und Zivilprozessrecht zurück.

II. Forschungsstand

Die vorliegende Darstellung beschränkt sich auf die Zeit vor der Vorbereitung und dem Inkrafttreten des SchKG und beleuchtet verschiedene regionale Eigenarten des alten Insolvenzrechts in der Schweiz. Dem auch in der Schweiz vom Historismus lange Zeit stark beeinflussten wissenschaftlichen Selbstverständnis der Rechtsgeschichte entsprechend erschienen bis ins frühe 20. Jahrhundert mehrere Darstellungen zum mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Insolvenzrecht. Die Entstehung betreibungsrechtlicher Institute in der Alten Eidgenossenschaft ist daher einigermassen erforscht.⁷ Hingegen

wurden⁸ die kantonalen Entwicklungen im 19. Jahrhundert von den zeitgenössischen Autoren – mitunter auch juristischen Laien – nur vereinzelt beschrieben⁹ und wissenschaftlich analysiert.¹⁰ Der bekannte Solothurner Jurist und Politiker Simon Kaiser (1828–1898) schildert in seiner grossen Darstellung des Schweizerischen Staatsrechts auf über 60 Seiten die kantonalen Rechtspflegeformen, ohne indes das Insolvenzrecht auch nur zu erwähnen. Auch im 20. Jahrhundert interessierte die jüngere Geschichte des Rechtsgebiets nur am Rande, während sich verschiedene wirtschaftshistorische Studien zu Krise und Konkurs finden. Für die Erforschung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts im 19. Jahrhundert sind daher diverse Desiderate festzustellen.¹¹ Es finden sich mehrere Gründe für dieses Desinteresse. Die Prozessrechtsdisziplinen pflegten einen stark normativen Zugang zur Materie, wodurch die sozioökonomische Dimension des Insolvenzrechts weitgehend ignoriert wurde. Es erschien als primär rechtspolitisches und rechtspraktisches Problemfeld, das überdies negativ konnotiert war, weil es thematisch in den Dunstkreis sozialen Versagens und Abweichens hineinreichte und damit in bildungsbürgerlichen Kreisen unattraktiv erschien. Nur so lässt sich die tiefgreifende Diskrepanz zwischen dem geringen Interesse der Rechtswissenschaft und der hohen praktischen Relevanz erklären. In der Folge wurde das Insolvenzrecht des 19. Jahrhunderts auch von der jüngeren rechtshistorischen Forschung weitgehend vernachlässigt.¹² Die einzige umfassende und synchrone Darstellung kantonaler Rechtsentwicklungen datiert von 1858; der Text sammelt wertvolle Daten zur Geschichte des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts und ist aufgrund seines Alters zugleich selbst Gegenstand historischer Deutung.¹³ Auch das interkantonale und das inter-

⁴ BBl 1886 II, S. 1.

⁵ Blumenstein, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, S. 11.

⁶ Nach 1869 ist der Gesetzgebungsprozess in den 2017 als Edition erschienenen Materialien sehr gut dokumentiert und rechtfertigt eine gesonderte Untersuchung. Vgl. Materialien zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 1869–1889. Herausgegeben zum 125. Jahrestag des Inkrafttretens des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) am 1. Januar 1892, Zürich 2017.

⁷ Vgl. die vielen Hinweise bei Johann Caspar Bluntschli, Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2. Auflage 1858, Gustav Brodbeck, Das basellandschaftliche Gantwesen, in: ZSR 1878, S. 3–84; Wilhelm Brunner, Der Arrestprozess im mittelalterlichen Rechte der deutschen Schweiz, Diss. Halle-Wittenberg 1933; Erwin Engler, Die Geschichte der luzernischen Vermögensvollstreckung bis ins 18. Jahrhundert im Rahmen der deutschschweizerischen Entwicklung, Diss. Zürich 1949 (hrsg. 1955); Andreas Heusler, Die Bildung des Concursprozesses nach schweizerischen Rechten, in: ZSR 1858, S. 117–230; Josef Schwerdtmann, Das Zuger Schuldbetreibungsrecht bis ins 19. Jahrhundert, Diss. Zürich 1962; Hans Widmer, Die Geschichte von Schuldbetreibung und Konkurs in den Urkantonen bis ins 18. Jahrhundert, Diss. Zürich 1939; Friedrich Wyss, Geschichte des Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich bis zum Erlasse des Stadt- und Landrechtes von 1715, Zürich 1845; Friedrich Wyss, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, in: ZSR 1858, S. 3–116.

⁸ Vgl. Simon Kaiser, Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern, Erstes Buch, St. Gallen 1858, S. 308–371.

⁹ Johann Jakob Leuthy, Gründliche Anleitung zur Schuldbetreibung in den sämtlichen Kantonen der Schweiz. Mit Anführung der diessfälligen Gesetze, Statutarrechte und Uebungen, Zürich 1848; Johann Jakob Leuthy, Eidgenössisches Concursrecht, Zürich 1847; Johann Jakob Leuthy, Sammlung aller Concurs-Gesetze sämtlicher Kantone der Schweiz, 3 Bände, Zürich 1845–1847; Johann Jakob Leuthy, Organismus aller Behörden und Beamtungen sämtlicher Cantone der Schweiz, Zürich 1844.

¹⁰ Vgl. Ernst Feigenwinter, Darstellung und Kritik der bundesrechtlichen Praxis in Konkursfällen, wo der Fallit Domizil in mehreren Kantonen hat, Basel 1880; Adolf Fick, Der Konkurs der Kollektiv-Gesellschaft, Zürich 1885; Gustav Keller, Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs mit einer historischen Einleitung, Zürich 1891; Friedrich Meili, Die Schuldexecution und der Concurs gegen Gemeinden, Zürich 1880; Leo Weber, Zur Kritik über das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, ohne Druckort 1889.

¹¹ Im Sammelwerk „Schweizerkunde“ von 1864 widmet Alois von Orelli dem Rechtswesen 12 Seiten, dem Konkursrecht eine Fussnote. Vgl. Hermann Alexander von Berlepsch (Hrsg.), Schweizerkunde, Braunschweig 1864, S. 806–818.

¹² Im „Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte“ werden im Teilband über das allgemeine Verfahrensrecht ausschliesslich kantonale Zivilprozessordnungen aufgeführt. Vgl. Dahlmann, Schweiz, S. 2763–2797. Zur deutschen Entwicklung: Anke Meier, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, insbesondere die Entstehung der Reichskonkursordnung von 1877, Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2003; Wolfgang Forster, Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts, Köln/Weimar/Wien 2009.

¹³ Vgl. Wyss Friedrich, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen

ationale Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sowie die Entstehungsgeschichte des SchKG harren einer einlässlicheren geschichtlichen Darstellung.¹⁴

III. Zwangsvollstreckung in der Alten Eidgenossenschaft

1. Anfänge

Die Wurzeln des Insolvenzrechts reichen ins römische Recht zurück.¹⁵ Allerdings wird die praktische Rechtsentwicklung in der Alten Eidgenossenschaft, also bis 1798, vom gemeinen Recht vergleichsweise gering beeinflusst, weil die allmähliche Distanzierung vom Heiligen Römischen Reich im Verlauf des 16. Jahrhunderts in den meisten Gebieten der Eidgenossenschaft mit einer Rezeptionswidersetzlichkeit einhergeht.

Die Entstehung eines obrigkeitlich sanktionierten Verfahrens zwecks Befriedigung offener Schulden kann bis ins 13. Jahrhundert quellenmässig zurückverfolgt werden. Pfandrecht und Zwangsvollstreckung sind bereits Gegenstand früher Bündnisbriefe. So verbot etwa das Bündnis zwischen den Städten Bern und Freiburg von 1243 eigenmächtige Pfändungshandlungen des Gläubigers.¹⁶ Der Bundesbrief von 1291 verbot die eigenmächtige Pfändung.¹⁷ Dies obschon das alte deutsche Recht die Selbsthilfe des Gläubigers in Form einer Privatpfändung durchaus kannte.¹⁸ Die Selbsthilfe verschwand mit dem Aufkommen frühstaatlicher Strukturen zusehends und es kam zu einer verbindlichen Definition von Pfändungsvoraussetzungen.¹⁹ So wurde die missbräuchliche Privatpfändung verboten und der staatliche Gewaltanspruch zunehmend durchgesetzt.²⁰ Diese Spannung zwischen öffentlicher Gewalt und Privatpfändung zog sich – ähnlich wie im Strafrecht der Kampf gegen Rachehandlungen – durch das ganze Mittelalter.²¹ In den Urkantonen dürfte sich die Privatpfändung mit einigen Einschränkungen noch am längsten gehalten haben.²² Dagegen entwickelten sich in den stärker geldwirtschaftlich orientierten Stadtorten durch die Obrigkeit definierte Zwangsvollstreckungsverfahren bereits im Spätmittelalter.²³

Das Verfahren zur Realisierung von Pfändern bildet aus heutiger Sicht einen Sonderfall der Zwangsexekution. Typische Elemente eines des Zwangsvollstreckungsverfahrens entwickelten sich symbiotisch mit der zivilpro-

zedualen Regelung schuldrechtlicher Streitigkeiten.²⁴ Im Laufe des Spätmittelalters wurden Gläubiger im Rahmen der Eintreibung ihrer liquiden Forderungen verpflichtet, diese bei der Obrigkeit (Kleiner Rat, Schultheiss oder Vogt) einzuklagen.²⁵ Zwangsexekution und Durchsetzung des Urteils deckten sich in der Regel, wobei aber etwa in Zürich die Exekution nicht durch das Gericht vorgenommen wurde, sondern durch den Rat.²⁶ Dem Schuldner wurden im Sinne einer Ungehorsamsstrafe Busse oder Haft angedroht, falls er seinen Verpflichtungen nicht nachkam.²⁷ Der sog. Schuldverhaft für säumige Schuldner als Ausdruck der Personalexekution wurde in der Schweiz erst mit der Bundesverfassung von 1874 abgeschafft.²⁸

2. Betreibung, Pfändung und Gant

Eine erste Rationalisierung des Insolvenzrechts unter ökonomisch-praktischen Gesichtspunkten ist ab dem 15. Jahrhundert nachvollziehbar. Neben den stadtrechtlichen Regelungen wiesen auch manche Offnungen dieser Zeit Vorschriften auf, wie eine Schuldbetreibung vollzogen werden musste.²⁹ Anhand der Schuldrechte und der gerichtlichen Praxis der eidgenössischen Städteorte lässt sich die Ausdifferenzierung wenig formalisierter Verfahren zwecks Einziehung liquider Forderungen nachweisen. Gegen Ende des 15. Jahrhunderts setzte sich dann in mehreren Städten der alemannischen Schweiz ein „exekutives Gebotsverfahren“³⁰ durch, das in groben Zügen dem heutigen Betreibungsverfahren gleicht: Der Gläubiger konnte in einem ersten Verfahrensschritt von sich aus – ohne Gerichtsurteil – die Zwangsvollstreckung bei der Obrigkeit einleiten. Der Schuldner verfügte über die Möglichkeit, „Recht daroder vorzuschlagen“. Unterblieb dies, galt die Schuld als „gichtig“ (eingestanden, anerkannt)³¹ und konnte gerichtlich vollstreckt werden.³² Die erfolgreiche Einleitung eines Exekutionsverfahrens für eine „gichtige“ oder gerichtlich zuerkannte Schuld räumte dem Gläubiger eine Verfügungsprärogative über Vermögenswerte des Schuldners ein. Die dadurch übertragene Verfügungsgewalt entsprach inhaltlich der germanisch-rechtlichen „Gewere“, umfasste also die Nutzung der Vermögenswerte. Ein freihändiger Verkauf durch den Gläubiger war allerdings nicht vorgesehen. Sodann war es dem Gläubiger möglich, die Sequestrierung einzelner Fahrnissachen zu beantragen. So oder anders verlor der

Rechten, in: ZSR 1858, S. 3–116.

¹⁴ Vgl. die historische Einleitung bei Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung, S. 12–21 und die Rhapsodien bei Schurter/Fritzsche, Zivilprozessrecht I, S. 54–93; S. 165–168; S. 323–328; S. 330–333.

¹⁵ Vgl. Carl Joseph Anton Mittermaier, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung, Band 3, Bonn 1832, S. 214–218.

¹⁶ Schurter/Fritzsche, Zivilprozessrecht I, S. 55.

¹⁷ Widmer, Schuldbetreibung, S. 2.

¹⁸ Engler, Vermögensvollstreckung, S. 13.

¹⁹ Schwerzmann, Zuger Schuldbetreibungsrecht, S. 11.

²⁰ Engler, Vermögensvollstreckung, S. 23.

²¹ Engler, Vermögensvollstreckung, S. 138.

²² Widmer, Schuldbetreibung, S. 73–74.

²³ Malamud/Sutter, Betreibungsverfahren, S. 91.

²⁴ Vgl. zum Folgenden Schurter/Fritzsche, Zivilprozessrecht I, S. 59–68; Wyss, Schuldbetreibung, S. 7–82.

²⁵ Vgl. dazu bspw. Schwerzmann, Zuger Schuldbetreibungsrecht, S. 12; Engler, Vermögensvollstreckung, S. 131; Wyss, Schuldbetreibung, S. 8–9.

²⁶ Wyss, Schuldbetreibung, S. 9. Dies, weil der Rat mehr Macht entfalten könne, was bei der Exekution der Forderungen hilfreich war. Ähnliche Regelungen gab es in München sowie in Bremen.

²⁷ Widmer, Schuldbetreibung, S. 5; S. 33.

²⁸ Appenzeller, Schuldverhaft, S. 1–9. In vielen demokratischen Berg- und Landkantonen gelangte diese Form der Personalexekution allerdings nicht zur Anwendung.

²⁹ Wyss, Schuldbetreibung, S. 6–7.

³⁰ Schurter/Fritzsche, Zivilprozessrecht I, S. 63.

³¹ Jacob Grimm/Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, 32 Teilde, Leipzig 1854–1860, Band 7, Sp. 7298/7299.

³² Schurter/Fritzsche, Zivilprozessrecht I, S. 63.

Schuldner die Verfügungsmöglichkeit über seine Vermögenswerte. Die gepfändeten Vermögenswerte konnten „vergantet“, also gerichtlich versteigert werden. Ziel der Vergantung war Versilberung der Sache. Die ersten Quellenbelege für Gantverfahren finden sich in thurgauischen Weistümern aus dem 15. Jahrhundert: „Welcher auf der gant kauft, der soll das bei selben tagzeit bezahlen. Wo er das nit thut (...) so ist er (...) den 3ten pfen., wie er dann das an der gant kauft hat, verfallen.“³³

In einzelnen Bergkantonen (Gebiete im heutigen Appenzell, Nidwalden, Schwyz) sind ähnliche, aber weniger formalisierte Verfahren belegt: Der Übergang zur selbstständigen Gläubigerpfändung im 15. Jahrhundert.³⁴ Die Gült etwa war im Kanton Luzern das am weitesten verbreitete Hypothekarinstrument.³⁵ In ländlichen Gebieten spielte die Geltendmachung von Vogt- und Grundzinsen sowie von Gültzinsen eine wichtige Rolle. Erstere konnten von den Vögten und Grundbesitzern selbständig eingetrieben werden, weil sie ohnehin Eigentümer des Bodens waren, und der Pächter lediglich über eine prekaristische Rechtsstellung verfügte. Der Grundherr konnte das Land „frönen“ („das Gut an sich ziehen“) und den Pächter verdrängen.³⁶ Die Gültzinsen mussten demgegenüber in einem ordentlichen Vollstreckungsverfahren eingezogen werden; sie wurden privilegiert behandelt.³⁷ Ursprünglich galten die Gülten auf ewig; im 15. und 17. Jahrhundert verboten dies aber viele Gesetzgebungen und die Gülten wurden durch kündbare Verträge ersetzt.³⁸

Das Exekutionswesen der ländlichen Gebiete ist weniger ausgefeilt als jenes der Städte. Typisierung und Normierung von insolvenzrechtlichen Handlungen erscheinen in den ländlichen Gebieten verzögert, was in direkten Bezug zum lokalen Wirtschaftssystem zu setzen ist.³⁹ So hatte beispielsweise das Vieh eine grosse Bedeutung in der Rangordnung und wurde prioritär gepfändet.⁴⁰ Wo die Landwirtschaft dominierte, richtete sich das Wirtschaftsleben nach den Agrarzyklen. Bargeldeinnahmen flossen aus dem Verkauf landwirtschaftlicher Erzeugnisse, doch war die Reinvestitionsrate so hoch, dass nur selten Barvermögen entstehen konnte. Vielmehr deckten noch im 19. Jahrhundert oft Schuldbriefe fehlendes Kapital ab und wurden als geldäquivalente Zahlungsmittel anerkannt.⁴¹ Um diesen Geld- und Kreditmangel auszu-

gleichen, wurden damals Lokal- und Kantonalbanken gegründet, die sich der Förderung von Landwirtschaft und Kleingewerbe widmeten.⁴²

Die aus der ursprünglichen grundherrschaftlichen Bindung hervorgegangenen kollektiven Nutzungsrechte am Boden verhinderten in gewissem Umfang, Geld über Bodenverschuldung ins System einzuspeisen. Dies im Gegensatz zur Stadt, wo Kapital und freies Bodeneigentum zusammenfielen. Hier prosperierte das Handwerk. Dank besserer Verkehrsanbindungen war die Kontaktmobilität deutlich höher. Insolvenzsrechtliche Institute entwickelten sich entsprechend dem rascheren ökonomischen Pulsschlag der Städte.

3. Konkurs: Fallite und Fallimente

Daher erstaunt nicht, dass erste Ansätze eines konkursähnlichen Verfahrens in der Praxis der Kleinen Räte der Städteorte⁴³ im 16. Jahrhundert belegt sind. Regelmässig provoziert im städtischen Wirtschaftsleben die zeitliche Koinzidenz mehrerer Forderungsansprüche die Insolvenz des Schuldners. Es bestand daher ein ausgewiesenes Bedürfnis, unter Berücksichtigung aller Beteiligten, das Schuldnervermögen als Gesamtheit im Rahmen eines Falliten- oder Fallimentsverfahrens zu liquidieren. Die Entwicklung konkursähnlicher Regelungen geschah in enger Anlehnung an bekannte Rechtskonstellationen. Sie bildeten gängige Vorbilder der Generalliquidation: Nämlich im Fall überschuldeter Erbschaften sowie der Hinterlassenschaften mittelloser und flüchtiger Schuldner. Hier wie da etablierten sich obrigkeitlich geleitete, öffentliche Verfahren zwecks Befriedigung einer Gläubigersamtheit.⁴⁴ So enthielt die Basler Stadtgerichtsordnung von 1459 bereits das Prinzip der anteilmässigen Befriedigung der Gläubiger anhand einer definierten Rangordnung. Die Benachteiligung durch den Grundsatz der Befriedigung von Forderungen nach der zeitlichen Priorität war damit beseitigt.⁴⁵ Damit wurde der Schritt zum einheitlichen Konkursrecht möglich.⁴⁶ Die anwendbaren, überkommenen Rechtsprinzipien erfuhren durch die Praxis zunehmende Verallgemeinerung und wurden fallweise ausdifferenziert.

Im 16. Jahrhundert erreichte das Konkursrecht eine Rationalitätsstufe, die der schriftlichen Fixierung bedurfte. In den reformierten Stadtbüchern wird das Fallimentsverfahren regelmässig festgehalten. Gleichwohl bleibt das Exekutionsrecht eine wenig systematisierte Materie. So überzeugt die Gegenüberstellung Falliment – Pfändung für das neuzeitliche Recht nicht, weil sie suggeriert,

³³ Wer eine Sache im Versteigerungsverfahren erwirbt, muss am selben Tag den Preis bezahlen. Wer nicht gleichen Tags zahlt, muss eine Pönale im Umfang 1/3 des Kaufpreises aufbringen. Vgl. Jacob Grimm/Wilhelm Grimm, Deutsches Wörterbuch, 32 Teilbände, Leipzig 1854-1860, Band 4, Sp. 1282.

³⁴ Widmer, Schuldbetreibung, S. 5.

³⁵ Ineichen, Bäuerliche Verschuldung, S. 73.

³⁶ Heusler, Bildung, S. 119.

³⁷ Wyss, Schuldbetreibung, S. 45.

³⁸ Widmer, Schuldbetreibung, S. 48-50.

³⁹ Vgl. zu den sozialen und wirtschaftlichen Lebensräumen Land – Stand: Rudolf Braun, Das ausgehende Ancien Régime in der Schweiz, Göttingen/Zürich 1984, S. 106-109; S. 143ff.

⁴⁰ Vgl. Schwerzmann, Schuldbetreibungsrecht, S. 48-49 sowie Saluz, Schuldbetreibung, S. 9; Auch im Kanton Graubünden wurde zuerst Vieh gepfändet.

⁴¹ Alexandra Binnenkade, Haben oder Nicht-Haben: Jüdisch-christliche Schuldnetze im Kanton Aargau des 19. Jahrhunderts; in: Jürgen Schlumbohm (Hrsg.), Soziale Praxis des Kredits, S. 159-160.

⁴² Daniela Decurtins / Susi Grossmann, in: Youssef Cassis / Jakob Tanner, Banken und Kredit in der Schweiz, S. 105-106.

⁴³ Wyss, Schuldbetreibung, S. 25; so zum Beispiel die Städte Zürich, Bern und Basel.

⁴⁴ Wyss, Geschichte des Concursprocesses, S. 23-35; zur Genese von Konkursinstituten bei dinglich verknüpften Schulden: Heusler, Bildung, S. 133-140.

⁴⁵ Hagemann, Vielschichtiges Recht – Zivilrechtspflege im neuzeitlichen Basel, S. 32-33.

⁴⁶ Vgl. Wyss, Schuldbetreibung, S. 21; Die Durchsetzung von Forderungen wurde aber nur innerhalb derselben Rechtsgemeinschaft vereinfacht. Die herrschende Rechtszersplitterung machte dagegen die Betreibung an anderen Orten mit anderen Regelungen äusserst schwierig und aufwendig.

beide seien als nebeneinander stehende Regelkomplexe begriffen worden. Das lässt sich so aber quellenmässig nicht belegen. Die Einzelvollstreckung bleibt in den Schuldprozess integriert, während das Fallimentrecht allmählich zu einem eigenen Rechtsgebiet heranwächst. Das Stadtbuch der Handelsstadt St. Gallen von 1673 beispielsweise normiert das Fallitenrecht einlässlich.⁴⁷

Die Tatsache generell-abstrakter Regelung des Konkursfalls deutet einerseits auf das handfeste praktische Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Andererseits illustriert sie die herrschaftliche Durchdringung des sozialen Raums durch absolutistisch strukturierte Gemeinwesen. Selbsthilfe der Gläubiger sollte vermieden und das Verfahren daher im Geiste „guter Policey“ obrigkeitlich institutionalisiert werden. Auch ist das Fallimentsrecht im naturrechtlichen Sinne der Gerechtigkeitsidee verpflichtet, indem die Gläubiger grundsätzlich gleich zu behandeln waren. Nicht zuletzt verfolgte das Fallimentsrecht ganz im Geiste absolutistischer Staatsräson auch ein präventives Erziehungsziel gegenüber den Rechtsunterworfenen: Die genannte St. Galler Fallimentsordnung rügt im Ingress den Schlendrian der Kaufleute und die verschwenderische Lebensweise der Bürger. Die Untertanen neigten dazu, „wass sie etwann von ihren elteren und freündtschafften ererbt oder heürath an sie kommen, mit unnützem pracht und hoffardt, unmässigem überfluss und köstlichem, täglichem wolleben hindurchgetriben und dann vermeint, wann sie darneben frömbde gelter an zins aufzunehmen, mit denselben in die wexel und allerley kauffhandlungen starckh setzen, sich wieder zu erholen. Worauf (...) dergleichen schädliche fallimente erfolgen (...)“.⁴⁸ Dieser moralistische Duktus verweist auf die unerwünschten sozialen Folgen von Insolvenz. Regelmässig vernichtete der Konkurs nämlich den Falliten nicht nur wirtschaftlich, er zog überdies gesellschaftliche Stigmatisierung nach sich. Nicht selten wurde der Fallit de iure ehrlos oder sogar aus der Stadt verbannt.⁴⁹ Angesichts des harten Umgangs mit dem gefallenen Schuldner erstaunt die Häufigkeit von Konkursen. Die Abschreckung durch soziale Ausgrenzung wirkte offenbar nur begrenzt präventiv.⁵⁰ Sich zu verschulden war oft notwendiger Teil des alltäglichen Lebens.⁵¹ Das für Schuldner verheerende Fallimentsrecht und seine Folgen dürften indes die Innovationsfreudigkeit in Handel und Gewerbe gebremst haben, was auch mit erklären mag, weshalb insbesondere im 17. und frühen 18. Jahrhundert verhältnismässig wenige Neuerungen im Bereich des Handels und der zivilen Technologien erfolgten.

IV. Kantonales Schuldbetreibungs- und Konkursrecht bis 1869

1. Helvetik (1798–1803)

Art. 48 der ersten Helvetischen Verfassung sah die Weitergeltung lokalen Rechts bis zum Erlass einer nationalen Rechtsordnung vor. Eine Kodifikation des Insolvenzrechts erfolgte während der Helvetik nicht. Allerdings entstand unter Federführung des Lausanner Juristen Louis Secrétan ein Entwurf über den „Bürgerlichen Rechtsgang“, der in einem zweiten Teil eine Exekutionsordnung enthielt. Die nie in Kraft getretene Rechtsquelle normierte die Modalitäten des Pfändungsverfahrens, also der Spezialexécution. Das Konkursrecht bildete nicht Gegenstand der Exekutionsordnung. Mit dem Untergang der helvetischen Republik verlor der Entwurf seine Bedeutung und wurde später nicht wieder aufgegriffen.⁵²

2. Kantonale Kooperationen mittels Konkordaten

Demzufolge hielten sich die Neuerungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht anfangs des 19. Jahrhunderts in engen Grenzen. Der lokale und frühneuzeitliche Charakter der Fallitenordnungen und die rechtliche Fragmentierung des Insolvenzrechts entsprachen damals jedoch längst nicht mehr den wirtschaftlichen Bedürfnissen. Nach dem Niedergang der Helvetik wurde, trotz stark restaurativer Tendenzen, eine gewisse Angleichung angestrebt. Die katastrophalen Folgen der napoleonischen Kriege, welche zahlreiche Unternehmen bis 1820 in Insolvenz und Bankrott trieben, verliehen der Notwendigkeit interkantonalen Kooperation im Zwangsvollstreckungsrecht zusätzliches Gewicht.⁵³ So erstaunt es nicht, dass rasch und reibungslos nach 1803 drei Konkordate in Kraft gesetzt und bis 1892 erfolgreich angewendet werden konnten.⁵⁴ Zwei Abkommen von 1804 normierten allgemeine Grundsätze des grenzüberschreitenden Insolvenzrechts, ein drittes Konkordat von 1810 konkretisierte das Vorgehen bei interkantonalen Konkursfällen. Die Konkordate von 1804 wurden 1818 bestätigt und 1826 ergänzt.⁵⁵ Die Konkordate ihrerseits führten in denjenigen Kantonen, die noch kein einheitliches Konkursrecht hatten dazu, dass nun zumindest eine Vereinheitlichung innerhalb des Kantons erfolgen musste.⁵⁶

Neben der Garantie des natürlichen Richters (am Wohnsitz des Schuldners), bekräftigten die beiden Abkommen von 1804 die Zuständigkeit und die Anwendbarkeit des Rechts des Heimatkantons in Schuldbetreibungs- und Konkursfällen und die interkantonale Gleichbehandlung von Gläubigern im Konkursfall. Gläubiger aus einem anderen als dem Wohnsitzkanton mussten mit den Kantonsbürgern gleichrangig kolloziert werden.⁵⁷ Zuvor wa-

⁴⁷ Vgl. Guggenheimer, Krisen und Konkurse, S. 57–80.

⁴⁸ Ernst Ziegler (Bearbeiter), Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallen, Teil II, Die Stadtrechte von St. Gallen und Rapperswil, Band II, Das Stadtbuch von 1673, XII Teil, I Titel, S. 155.

⁴⁹ Zur Verbannung aus der Stadt vgl. Wyss, Schuldbetreibung, S. 10 sowie S. 33.

⁵⁰ Vgl. Maya Zellweger, Konkurs im Ostschweizer Textilhandel 1817 – Verlust des «symbolischen Kapitals der Ehre», in: Gschwend Lukas/Pahud de Mortanges René, Wirtschaftsrechtsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa, Zürich/St. Gallen 2009; S. 171–190.

⁵¹ Malamud/Sutter, Betreibungsverfahren, S. 87.

⁵² Schurter/Fritzsche, Zivilprozessrecht I, S. 158; S. 166–167.

⁵³ Zur wirtschaftlichen Situation vgl. Jean-François Bergier, Wirtschaftsgeschichte der Schweiz, 2. Auflage, Zürich 1990, S. 197–198.

⁵⁴ Schurter/Fritzsche, Zivilprozessrecht I, S. 196.

⁵⁵ Vgl. Snell, Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts, Band I, 1837, S. 242–246.

⁵⁶ Saluz, Schuldbetreibung, S. 53.

⁵⁷ Vgl. Samuel Ludwig Snell, Handbuch, S. 243.

ren ausserkantonale Gläubiger häufig benachteiligt behandelt worden, sofern ihr Herkunftsort nicht ein Gegenrecht gewährte.⁵⁸ Die Kantone Glarus und Appenzell Innerrhoden konnten sich aufgrund kantonalrechtlicher Kuriosa nicht vorbehaltlos an den Abkommen von 1804 beteiligen.⁵⁹ Mit Errichtung solcher Konkordate wurde jedenfalls eine Gleichstellung der am Konkurs beteiligten Personen erreicht.⁶⁰

Mit dem Konkordat vom 7. Juni 1810 verankerten die Kantone das Universalitätsprinzip im Konkursrecht: Fahrnisgegenstände wurden grenzüberschreitend zur Hauptmasse gezogen. Strittiges Eigentum hingegen fiel nicht in die Masse, sondern die Gerichte am Ort, wo sich die Sachen befanden, entschieden über Eigentumsansprüche. Das Konkordat von 1810 bezog sich nur auf Fahrnis; Liegenschaften waren gemäss der zum Konkordat ergangenen Praxis am *locus rei sitae* in einem Separatkonkurs zu verwerten. Allfällige Überschüsse mussten – analog der heutigen Regelung von Art. 173 Abs. 1 IPRG – nach Befriedigung der Kantonsbürger an den Hauptkonkurs ausgerichtet werden.⁶¹ Wiederum nur mit Vorbehalten konnten die Kantone Appenzell Innerrhoden und Schwyz am Konkordat partizipieren.

Im internationalen Verhältnis ist das Abkommen mit der Krone Württemberg von 1825/1826 zu erwähnen, welches das Bundesgericht noch 1970 beschäftigte.⁶²

3. Die Gesetzgebung in den Kantonen nach 1803

Während das kantonale Prozessrecht und in besonderem Masse das Gerichtsverfassungsrecht von den politischen Umwälzungen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts geprägt sind, lässt sich keine analoge, gleichsam wellenförmige Gesetzgebungsaktivität auf dem Gebiet des kantonalen Insolvenzrechts um die Eckdaten der Mediation (1803–1815), Restauration (1815–1830) und Regeneration (1830–1848) ausmachen. Vielmehr prägen Rechtstraditionen und das autonome Staatlichkeitsverständnis der Kantone die Rechtsentwicklung, und der Gegensatz zwischen städtischem Rechtsleben und ländlichem Recht setzt sich bis weit ins 19. Jahrhundert fort.⁶³ Die Regelungstechnik der Kantone war äusserst heterogen: Teils behielten sie ihr Insolvenzrecht in alten Satzungen aus dem Ancien Régime bei, teils basierte das Betreibungsrecht auf Regierungsbeschlüssen, teils ergingen Gesetze im formellen Sinn. Gestützt auf die Gesetzgebungschroniken der Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) können folgende normative Erlasse genannt werden:⁶⁴

Aargau: Gesetz über die Schuldbetreibung vom 10. März 1870 (ZSR 1873, S. 83-85); Gesetz über die Schuldbetreibung vom 14. Mai 1853, Abänderungsgesetz vom 26. Mai 1855.

Appenzell Ausserrhoden: Gesetz betreffend das Concursverfahren vom 29. April 1860 (ZSR 1864, S. 185/186), Gesetz betreffend die Schuldbetreibung vom 29. April 1860 (ZSR 1864, S. 173-181); Gesetz über den Schuldentrieb 30. August 1835.

Appenzell Innerrhoden: Gesetz über Pfand- und Schatzungsrecht 1830.

Baselstadt: Civilprozessordnung, §§ 201 – 299 vom 17. Dezember 1848.

Baselland: Gerichts- und Processordnung, über den Schuldentrieb vom 22. Februar 1850.

Bern: Gesetz betreffend Aufhebung des Gesetzes über die Vollziehungsverfahren in Schuldsachen von geringem Werth vom 9. Dezember 1852 (ZSR 1861, S. 156); Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsachen, zweites Hauptstück, Vollziehungsverfahren in Schuldsachen vom 22. April 1850.

Freiburg: Gesetz über die gerichtliche Schuldbetreibung vom 24. Oktober 1849; Gesetz vom 20. Juni 1833; Gesetz vom 23. Mai 1807.

Genf: Loi sur les faillites et banquerotes du 19. octobre 1861 (ZSR 1864, S. 187-189); Loi sur la procédure civil du 29. septembre 1819/loi modifiant du 24. mars 1852.

Glarus: Beschluss der Landsgemeinde betreffend Aufhebung des Schatzungsverfahrens bei der Pfändung von Liegenschaften vom 5. Mai 1867 (ZSR 1872, S. 76); Regulativ über das bei Schatzungen zu beobachtende Verfahren (ohne Datum), ergänzt durch Gesetz 1853 (ZSR 1853, S. 100).

Graubünden: Gesetz über den Schuldentrieb (Gantordnung) vom 25. März 1848, ergänzt 8. Januar 1853.⁶⁵

Luzern: Gesetz über die Schuldbetreibung vom 21. März 1849; Gesetz vom 8. März 1832.

Neuenburg: Loi sur la poursuite pour dettes du 20. mai 1879/loi sur la faillite du 23. mai 1873/loi concernant la liquidation des créances hypothécaires par voie d'expropriation du 19. novembre 1879 (ZSR 1882 S. 132 – 138); Loi sur les poursuites pour dettes du 21. décembre 1861 (ZSR 1864 S. 181 – 183); Loi sur les faillites du 24. novembre 1861 (ZSR 1861, S. 157-159); Lois sur les poursuites pour dettes du 2. mai 1833/8. janvier 1844; Loi concernant la liquidation des créances hypothécaires du 22. novembre 1850.

Schaffhausen: Gesetz über Abänderung des § 122 des Concursgesetzes vom 8. April 1885 (ZSR 1885, S. 443); Gesetz vom 23. März 1856.

Schwyz: Gesetz betreffend die Schuldbetreibung vom 3. August 1866 (ZSR 1867, S. 114 – 129); Gesetz betreffend den Schuldentrieb vom 28. November 1828 mit Novellierung vom 10. April 1848; Verordnung vom 26. Oktober 1809; Verordnung vom 31. Dezember 1804.

Solothurn: Gesetz über Aufhebung der Pfandbotbetreibung vom 9. Mai 1864 (ZSR 1866, S. 151); Civilgesetz-

⁵⁸ Guggenheimer, Krisen und Konkurse, S. 56.

⁵⁹ Samuel Ludwig Snell, Handbuch, S. 243.

⁶⁰ Bürgi in: Festschrift 100 Jahre SchKG, S. 177.

⁶¹ Vgl. Johann Jakob Blumer, Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrechtes, Band II, Schaffhausen 1864, S. 171.

⁶² Vgl. BGE 106 III 68; weiterführend Schurter/Fritzsche, Zivilprozessrecht I, S. 168–169; S. 203–209.

⁶³ Vgl. Dahlmann, Schweiz, S. 2760 (mit Bezug zur Gerichtsverfassung).

⁶⁴ Bis 1858 vgl. Wyss, Schuldbetreibung, S. 82-83.

⁶⁵ Saluz, Die Schuldbetreibung nach den bündnerischen Statutarrechten, S. 55; Dieses Gesetz führte zu einer kantonalen Vereinheitlichung des Schuldentriebsrechtes.

buch, Theil II, Hauptstück II, Tit. VI vom 2. März 1847; Gesetz vom 8. Januar 1839.

St. Gallen: Gesetz über den Schuldtrieb vom 10. Juni 1854; Gesetz vom 14. Februar 1841.

Unterwalden: Concursgesetz vom 29. April 1884 (ZSR 1884, S. 469-472); Gesetz vom 26. November 1869 (ZSR 1873 S. 90 – 103); Landbücher von Ob- und Nidwalden.

Uri: Beschluss des Landrats betreffend Abänderung der Fallimentsordnung vom 29. März 1884 (ZSR 1884, S. 472/473); Fallimentsordnung vom 7. April 1854; Landbuch, ergänzt um Beschlüsse bezüglich der Schuldboten und Pfandschatzungen vom 4. Mai 1852.

Tessin: Legge sulla graduatoria die crediti nelle liquidazione del 16. novembre 1883 (ZSR 1883, S. 469; Codice di procedura civile, Art. 443-619 del 1843).

Thurgau: Gesetz über die Schuldbetreibung vom 14. Mai 1853; Gesetz von 1850; Gesetz von 1833.

Waadt: Code de procédure civil du 25. Novembre 1869 (Änderungen im Insolvenzrecht: ZSR 1873, S. 71); Loi sur la poursuite pour dettes, 12. mars 1846; frühere Regelungen im code de procédure civile.

Wallis: Loi sur la discussion des bien du 19. novembre 1870 (ZSR 1873, S. 103); Code de procédure civile 30. mai 1855; Frühere Regelungen im code de procédure civile von 1845 und 1825.

Zug: Gesetz betreffend Wechselprotest, Wechselprozess und Wechselexecution vom 4. September 1885 (ZSR 1885, S. 441); Beschluss des grossen Rats betreffend Abänderung des Gesetzes über den Rechtstrib vom 25. April 1867 (ZSR 1867 S. 117); Gesetz über den Rechtstrib vom 25. Oktober 1815.

Zürich: Gesetz betreffend Konkursverfahren vom 24. Oktober 1871 (ZSR 1873, S. 90); Gesetz betreffend die Schuldbetreibung, angenommen vom Volk am 29. Oktober 1871 (ZSR 1873, S. 79 – 83); Gesetz betreffend Ergänzung und theilweise Abänderung des Gesetzes über die Schuldbetreibung vom 25. Juni 1860 (ZSR 1864 S. 183/184); Gesetz vom 1. April 1851 (kommentiert: Johann Heinrich Gwalter, Das zürcherische Schuldbetreibungsgesetz vom 1. April 1851, mit Erläuterungen, Zürich, 1853); Gesetz vom 7. April 1842; Gesetz vom 29. Juni 1832; Gesetz vom 17. Dezember 1803.

Eine Periodisierung der Erlasse ist wenig sinnvoll. Um trotzdem eine erste Orientierung über die Rechtsentwicklung zu erhalten, bietet sich eine inhaltliche Gruppierung an. Angesichts der materiellen Heterogenität verschafft auch ein solcher Versuch bestenfalls einen schematischen Überblick. Bei grober Vereinfachung können zwei Pole ausgemacht werden, zwischen denen die kantonalen Rechte oszillieren.⁶⁶ Eine erste Gruppe von Kantonen tendierte dazu, die Generalliquidation als Ziel des Exekutionsverfahrens zu verankern. So mündete in Basel Stadt, Luzern, Schaffhausen, Solothurn und Zug die Betreibung – auch bei ordentlicher Betreibung für laufende Forderungen – grundsätzlich ins Falliment. Den anderen Pol bilden Kantone, welche der Pfandbe-

treibung den Vorrang gaben. Hier folgte auf das Einleitungsverfahren Spezialexecution und Verarrestierung einzelner Gegenstände mit der Möglichkeit anschliessender Verwertung. Kein Kanton, selbst die genannten tendenziell „konkursfreundigen“, verwirklichte eines der beiden Systeme konsequent. Eine Trennlinie zwischen Südwest und Nordost lässt sich gleichsam als Trend andeuten: Die frankophonen, westlich gelegenen Kantone (Genf, Waadt, Freiburg) hielten deutlicher an der „saisie“ (Pfandnahme) fest, die deutschsprachigen, östlich gelegenen Kantone tendierten zum Konkurs. Der Gegensatz zwischen Pfändung und Konkurs bildete denn auch den Gordischen Knoten, den es bei den Gesetzgebungsarbeiten zum SchKG nach 1869 zu trennen galt.⁶⁷ Beide Systeme wiesen Vor- und Nachteile auf und konnten zu Ungerechtigkeiten bei der Befriedigung der Gläubiger führen.⁶⁸ Das SchKG stellte schliesslich einen den heterogenen kantonalen Traditionen Rechnung tragenden Kompromiss zwischen den verschiedenen Zwangsvollstreckungsarten dar.⁶⁹

Wie lassen sich die rechtskulturellen Divergenzen zwischen Ost und West erklären? Zunächst ist der Einfluss des französischen Rechts auf die französischsprachige Schweiz hervorstreichend.⁷⁰ Ferner gibt es in den Auseinandersetzungen um das Insolvenzsystem wirtschaftlich bedingte regionale Verwerfungen. Wo die wirtschaftlichen Risiken hoch und Grundeigentum eher selten war, versprach der Konkurs rasche und saubere Erledigung des Insolvenzfalls. Dagegen ermöglichte das Vorhandensein von Grundeigentum im Bedarfsfall eine effiziente Pfandverwertung. So galten Basel und Lausanne als Handelsplätze mit dynamischem Immobilienmarkt, weshalb Handelstreibende hier verstärkt ihren Grund verschuldeten und – bei Bedarf – problemlos versilbern konnten. Der Konkurs war daher in praxi selten.⁷¹ In ländlichen Gebieten mit hohen Produktionsrisiken und geringer Eigenkapitalisierung besiegelte der Konkurs nicht selten das wirtschaftlich-soziale Aus, wenn kaum pfändbares Eigentum vorhanden war. Die Pfändung einzelner Gegenstände war demgegenüber die mildere Variante, die zudem in ländlicher Umgebung umso eher zum Ziel führte, wenn auf pfandrechtl. verfügbare Fahrnis, namentlich Vieh, zurückgegriffen werden konnte.

4. Grundzüge des kantonalen Schuldbetreibungs- und Konkursrechts

Alle kantonalen Rechte gliederten das Betreibungsverfahren in zwei Stufen. Der Gläubiger initiierte das Verfahren, dem Schuldner wurde die Möglichkeit einer materiellen Zwischenprüfung des Betreibungsbegehrens durch ein Gericht eröffnet (Rechtsvorschlag), und – nach erfolgreicher Fortsetzung – mündete die Betrei-

⁶⁷ Vgl. BBl II 1886, S. 42–44.

⁶⁸ Heusler, Der Zivilprozess, S. 181.

⁶⁹ Koller, in: Festschrift 100 Jahre SchKG, S. 9.

⁷⁰ Wyss, Schuldbetreibung, S. 83.

⁷¹ Vgl. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Entwurf mit Motiven, vorgelegt durch die Kommissionsminderheit, welche das System der Pfändung im Gegensatz zu demjenigen des Konkurses aufrecht hält, Bern 1875, S. 73–74.

⁶⁶ Vgl. Heusler, Bildung des Concursprocesses, S. 138–139.

bung in die Zwangsvollstreckung (Pfändung einzelner Gegenstände, Pfandverwertung oder Konkurs).⁷² Verschiedene Kantone kannten Spielarten dieser Grundtypen in der Form einer „schnellen“, einer „hohen“ und einer „niederen“ Betreibung.⁷³ Niedere und schnelle Betreibung kennzeichnete verkürzte Fristen und mindere Formalisierung.

a. Zuständigkeit

Zuständig für Einleitung und Abwicklung des Verfahrens waren die Gemeindeammänner in den Gemeinden oder die Gerichtsweibel, welche unter Aufsicht der kantonalen Bezirksgerichte den „Rechtstrieb leiteten“. Zürich kannte die kuriose Institution des Schuldenschreibers (Elf Beamte im ganzen Kanton). Dieser erliess die erste Zahlungsaufforderung an den Schuldner und verfügte die folgenden Vollstreckungshandlungen. Der Gemeindeammann vollzog die Anordnungen des Schuldenschreibers. Das Amt geht zurück auf den Rechtsalltag vor 1798, als dem Kleinen Rat von Zürich mehrere Beamte bei der Abwicklung von Exekutionssachen zur Seite standen.⁷⁴

b. Schuldbetreibung, Pfändung, Pfandverwertung

Der erste Betreibungsakt bestand in der Zustellung einer schriftlichen Zahlungsaufforderung an den Schuldner („Rechtsbot“).⁷⁵ Die meisten kantonalen Rechte sahen eine einmalige Zahlungseinladung vor, mit Ausnahme von Basel Stadt und Schaffhausen, die innert kurzer Frist mehrmalige Aufforderungen zuließen. Die Zahlungsaufforderung⁷⁶ musste dem Schuldner persönlich in seinen Räumen zugestellt werden.⁷⁷ Dieser konnte die Schuld bestreiten und Recht vorschlagen.⁷⁸ Der Rechtsvorschlag wurde in einem summarischen Verfahren aufgehoben oder bestätigt. Während das heutige Betreibungsrecht die Argumentationslast dem Betreibenden aufbürdet, indem es den Rechtsvorschlag ohne Weiteres greifen lässt und den Gläubiger zur Entkräftung verpflichtet, auferlegte z.B. das Schuldbetreibungsgesetz von Zürich (1851) dem Schuldner die Beweislast. Er hatte seinen Rechtsvorschlag zu substantiieren. Der Bezirksgerichtspräsident entschied über den Rechtsvorschlag des Schuldners, allerdings mit beschränkter Kognition.⁷⁹ Die Kantone Uri, Nidwalden, Glarus und Schwyz ermächtigten den Gläubiger zur provisorischen Pfandnahme bei hängigem Rechtsvorschlag. Andere Kantone stellten dem Betreibenden provisorische Sicherungsmittel

zur Verfügung, sofern er seinerseits hinreichende Sicherheit entweder für die Schadlosigkeit von Betreibungshandlungen oder für die Konsistenz seiner Ansprüche beibringen konnte.⁸⁰

Die Einleitung der Betreibung ohne vorgängige Substantiierung der Ansprachen, die partielle Überbindung der Argumentationslast auf den Schuldner und die Möglichkeit provisorischer Pfändung verschaffen dem Gläubiger eine relativ starke Rechtsstellung. Zwar sind Korrekturen zugunsten des Schuldners nicht zu übersehen, so die genannte Sicherstellung durch den Gläubiger vor provisorischer Pfändung. Trotzdem neigt das zeitgenössische Betreibungsrecht zur Bevorzugung des Betreibenden. Diese latente Ungleichbehandlung wird sozial und moralisch versichert durch idealtypische Bilder von Schuldner und Gläubiger.

Ersterer gilt als Person mit fraglichen charakterlichen Qualitäten.⁸¹ Monetäre Schulden wurden mit moralischer Schuld und Unzuverlässigkeit gleichgesetzt.⁸² Das bis ins 16. Jahrhundert zurückgehende Vorurteil, wonach arbeitsfähige Arme an ihrer Situation in erster Linie selber Schuld sind, war noch im 19. Jahrhundert weit verbreitet.⁸³ Das Schuldbetreibungsrecht zielte dieser Perspektive entsprechend daher nicht vordringlich auf den Schutz des Schuldners vor ungerechtfertigter Betreibungen, sondern schützte vielmehr den Gläubiger vor missbräuchlichem Rechtsvorschlag.⁸⁴ Der Gläubiger verkörpert idealtypischerweise den zuverlässigen, fleissigen Bürger, der in einer industrialisierten Gesellschaft sein Kapital durch ehrliche und harte Arbeit errungen hat, dessen einem anderen gewährter Vertrauensvorschuss enttäuscht wurde.⁸⁵ Unter Juristen und Politiker war die Sicht allerdings differenzierter. So wird im Vorfeld der Gesetzgebungsarbeiten zum SchKG etwa die Meinung vertreten: „Nicht selten hört man bei Erörterungen von Betreibungsgesetzen Eclamationen, welche überfließen von Mitleid mit dem Armen, betriebenen Schuldnern und in einem Jeden, der auf dem Betreibungswege sein Recht suchen muss, nur den reichen Geizhals und den hartherzigen Geldmenschen erblicken, der nicht die geringsten Sympathien verdient.“⁸⁶ Ob es sich hierbei um einen Sinnwandel handelt, der eine verstärkte Berücksichtigung der sozialen Voraussetzungen und Folgen der Insolvenz begünstigte oder um blosser Rhetorik, ist fraglich; jedenfalls trat die Notwendigkeit eines Interessenausgleichs nach 1860 deutlicher in den Vordergrund. Diese Perspektivenmodifikation stimmt überein mit der

⁷² Wyss, Schuldbetreibung, S. 89 - 97.

⁷³ Vgl. u.a. Zweidler, Vom Treiben des Rechtstriebes, S. 166; So versuchte der Kanton Thurgau durch die hohe Betreibung schneller Steuern eintreiben zu können, was angesichts leerer Staatskassen dringend war.

⁷⁴ Gemäss § 1-7 des Schuldbetreibungsgesetzes vom 1. April 1851.

⁷⁵ Fritzsche, Rechtsbot, S. 33.

⁷⁶ Vgl. Schwerzmann, Zuger Schuldbetreibungsrecht, S. 82; Damit sämtliche Schuldner informiert wurden, gab es bis ins 18. Jahrhundert noch die öffentliche Verkündung in Kirchen, wie bspw. im Kanton Zug. Im Kanton Thurgau war zusätzlich auch noch die Publikation in zwei kantonalen Tageszeitungen notwendig. Vgl. Zweidler, Rechtstrieb, S. 166.

⁷⁷ Wyss, Schuldbetreibung, S. 90.

⁷⁸ Vgl. Fritzsche, Zivilprozessordnung GL, S. 173.

⁷⁹ Gwalter, Schuldbetreibungsgesetz, S. 104-128.

⁸⁰ Wyss, Schuldbetreibung, S. 91-93.

⁸¹ Häberlein, in: Soziale Praxis des Kredits, S. 48.

⁸² Suter, Schuld und Schulden, S. 115.

⁸³ Hauser, Schweizerische Wirtschafts- und Sozialgeschichte, S. 188-189.

⁸⁴ So ausdrücklich Wyss, Schuldbetreibung, S. 91-92.

⁸⁵ Vgl. Tanner, Aristokratie und Bürgertum in der Schweiz im 19. Jahrhundert: Verbürgerlichung der «Herren» und aristokratische Tendenzen im Bürgertum, in: David Gugerli/Rudolf Jaun/Ulrich Pfister (Hrsg.), Schweiz im Wandel, Studien zur neueren Gesellschaftsgeschichte, Festschrift für Rudolf Braun zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1990, S. 209-228, insbesondere S. 213-214.

⁸⁶ Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1881, Erstes Heft (Separatdruck), Zürich 1881, S. 12.

Stossrichtung früher sozialpolitisch motivierter Gesetzgebung etwa im Arbeits-, später auch im Miet und Sozialrecht.

Der zweite Betreibungsakt zielte auf Vollstreckung. Je nach Art der Forderung, die im Rechtsstreit stand, divergierten die möglichen Vollstreckungsarten. In der Betreibung für grundversicherte Forderungen musste grundsätzlich zur Zwangsverwertung des Grundstücks geschritten werden; die Kantone Bern und Basel Stadt erlaubten demgegenüber den alternativen Griff auf das ganze Vermögen des Schuldners. Zürich kannte kein eigentliches Verwertungsverfahren für Grundpfand, sondern liess den Schuldner in Konkurs fallen und im Rahmen der Generalexekution das Grundpfand versilbern. Wechselforderungen wurden aufgrund ihrer Liquidität privilegiert in einem raschen Verfahren vollstreckt. Dieses unterschied sich vom ordentlichen Verfahren durch verkürzte Fristen und fehlende Einredemöglichkeiten des Schuldners. Die Betreibung für laufende, nicht grundversicherte Schulden erfolgte im „ordentlichen Rechtstrieb“ auf dem Weg der Pfändung. Alle Kantone kannten das Institut des unpfändbaren Schuldner Eigentums. Im Gegensatz zur heute gebräuchlichen Rangordnung der Pfänder – bewegliches Gut vor Grundeigentum – wirkten z.B. in Zug noch die Rangordnungen aus dem 14. Jahrhundert im Gesetz von 1815⁸⁷ nach: Zunächst mussten Nutztiere gepfändet werden – in der Reihenfolge Rind, Pferd, weiteres „Schmalvieh“ –, sodann durfte Heu und Getreide eingezogen werden, schliesslich konnte der Hausrat des Schuldners mit Pfandbeschluss belegt werden.⁸⁸ Das gepfändete Gut fiel entweder an den Gläubiger oder wurde versilbert. Das Schuldbetreibungsgesetz des Kantons Schwyz von 1866 sah vorrangig den „Heimfall“ der Pfandsachen vor (Eigentumserwerb durch Gläubiger).⁸⁹ Die existentiellen Prioritäten der kleinbäuerlichen Landwirtschaft spiegeln sich hier im Insolvenzrecht. Die Einzelpfändung solcher Güter verschaffte in der agrarisch orientierten Gesellschaft einen brauchbaren Gegenwert für den Gläubiger. Generalliquidation wäre für diesen ohne nennenswerte Vorteile, und für den Schuldner hätten Konkurs und Versteigerung seines Lands die Vernichtung seiner Existenzgrundlage zur Folge.

c. Konkurs

Die Übergänge zwischen ländlichen Rechtsordnungen mit verstärkter Bedeutung der Pfandnahme und deutlich konkurs-affinen Systemen sind freilich fließend. Solothurn und Basel Landschaft kannten ein Konkursystem, das den Schuldner nur dann traf, wenn die Forderung über 30 Franken lag. Für tiefere Summen war nur Pfändung möglich. Die innere Rechtfertigung dieses Systems dürfte im handwerklich geprägten Charakter dieser Gebiete zu suchen sein. Hier bestand Fahrnis regelmässig aus Gegenständen des täglichen Gebrauchs, deren Versilberung von vornherein wenig attraktiv und jedenfalls für höhere Beträge aussichtslos scheinen musste. Das

Beispiel verdeutlicht die Abhängigkeit zwischen sozio-ökonomischen Determinanten und der Ausgestaltung des Konkursrechts; dementsprechend unterschiedliches Gewicht hatte dieses in den kantonalen Rechtsordnungen. Der Konkurs wickelte sich jeweils unter Aufsicht der kantonalen Behörden ab. Die Androhung des Konkurses („Auffall“ oder „Aufrechnung“) führte zum Verlust der Verfügungsgewalt des Schuldners über sein gesamtes Vermögen. Typischerweise lassen sich drei Konkursklassen ausmachen. Prioritär befriedigt wurden insbesondere Beerdigungskosten, Lidlohn und Bodenzinsen; zweitrangig Pfandrechte und in einer letzten Klasse die laufenden Forderungen.⁹⁰ Besonders konkursfreundlich war das Schuldbetreibungsgesetz des Kantons Luzern von 1849, das ausschliesslich Betreibung auf Konkurs zulies. Das ist eine Extremlösung, die in praxi nur deshalb handhabbar war, weil der Vollzug an strenge Fristen gebunden und mit scharfen Haftungsregeln ergänzt wurde: Innert 28 Tagen nach angedrohter und fortgesetzter Betreibung musste das Vermögen des Schuldners inventarisiert („Anrechnung“) und die Versilberung vollzogen werden, widrigenfalls der Vollzugsbeamte selbst für die gesamten Schulden haftbar wurde. Jeder Verfahrensfehler zulasten des Gläubigers zeitigte diese Folgen.⁹¹

Da die Generalexekution den Schuldner wirtschaftlich und sozial einschneidend traf, eröffnete das kantonale Recht regelmässig Alternativen. Appenzell Ausserrrhoden kannte die Möglichkeit eines Moratoriums zugunsten des Schuldners, verbunden mit einem „Schuld-Accord“, einem Vorläufer des Nachlassvertrags.⁹² Der Nachlassvertrag war verbreitet; er erlaubte dem Schuldner, die Liquidierung von Forderungen mit den Gläubigern zu koordinieren, sich allenfalls Stundung und Erlass auszubedingen, unter richterlicher Aufsicht. Das Institut sollte den Schuldner schonen und ihm Rückkehr ins wirtschaftliche Leben ermöglichen. Der Nachlassvertrag war somit Rechtswohltat zugunsten des Schuldners; Heusler bezeichnete ihn als von „Billigkeitserwägungen“ getragenen „Einbruch“ ins Rechtssystem.⁹³

V. Schuldverhaft und Strafsanktionen

1. Personalexekution

Die Personalexekution⁹⁴ kannte bereits das germanische sowie das römische Recht. In der Alten Eidgenossenschaft erfolgte zwischen 1300 und 1500 ein deutlicher Rückgang der alten Formen von Schuldknechtschaft und Schulddienstbarkeit. Diese wurden durch das System des

⁸⁷ Vgl. Schwerzmann, Schuldbetreibungsrecht, S. 37.

⁸⁸ Schwerzmann, Schuldbetreibungsrecht, S. 47–49.

⁸⁹ ZSR 1867, S. 121 (§ 52 ff.).

⁹⁰ Heusler, Bildung des Concursprocesses, S. 193.

⁹¹ Vgl. J.L. Weibel, Das Luzerner Betreibungssystem auf Konkurs, ZSR 1883, S. 68–87.

⁹² Zellweger, Konkurs im Ostschweizer Textilhandel 1817 – Verlust des «symbolischen Kapitals der Ehre», in: Gschwend Lukas/Pahud de Mortanges René, Wirtschaftsrechtsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa, Zürich/St. Gallen 2009, S. 173–174.

⁹³ Vgl. das Referat von Andreas Heusler anlässlich des Juristentags 1882: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1882, Erstes Heft (Separatdruck), 1882, S. 1–20; S. 14.

⁹⁴ Zum Ganzen vgl. Erich Appenzeller, Der Schuldverhaft und seine Abschaffung nach den Gesetzgebungen der Kantone und des Bundes, Diss. Zürich, 1923.

Schuldverhafts abgelöst.⁹⁵ An die Stelle der Privathaft durch den Gläubiger trat die öffentliche Schuldgefangenschaft, die üblicherweise im Schulturm, einem für diese Zwecke genutzten Gefängnisbau mit mehreren Verliesen, vollzogen wurde.⁹⁶

Nicht nur aus grundrechtlichen Überlegungen, sondern auch vom volkswirtschaftlichen Gesichtspunkt aus lässt sich dieses repressive System aus heutiger Sicht kaum mehr nachvollziehen. Doch resultierte damals daraus eine gewisse Effektivität, weil in einer noch stark auf personalen Bindungen beruhenden Rechtsgemeinschaft oft soziales Kapital zur Schuldentilgung mobilisiert werden konnte: Die Auslösung des Schuldners musste in erster Linie durch Verwandte oder Freunde erfolgen, welche die ehrmindernde Wirkung des Schuldverhafts eines Angehörigen oder Freundes nicht hinnehmen wollten.

Das Schuldbetreibungsrecht des Kantons Zürich kannte den Schuldverhaft noch im 19. Jahrhundert als probates Druckmittel gegenüber säumigen Schuldnern. Die Inhaftierung setzte Zahlungsunfähigkeit bzw. offensichtliche Zahlungsunwilligkeit voraus. Sodann räumte das Schuldbetreibungsgesetz von 1851 für die Verhängung der Sanktion dem Gericht weites Ermessen ein: „Er soll nie erfolgen, wo aus Gründen, die im Schuldverhältnis selbst, oder in der besondern Lage des Schuldners oder in eigenthümlichen wechselseitigen Beziehungen der im Schuldverband befindlichen Personen liegen, dieser Verhaft unbillige Härten mit sich führen würde“ (§ 84). Der Schuldverhaft wurde auf Kosten des Gläubigers vollzogen; dieser konnte die Haftkosten wiederum auf den Schuldner abwälzen, indem er sie als zusätzliche Forderungen im Konkurs eingab. Es liegt auf der Hand, dass die Haft bei fehlendem sozialen Kapital für die Befriedigung der Gläubiger wenig bewirken konnte, dafür dem Schuldner für dessen Zukunft erheblichen Schaden zufügte. Die einschneidenden sozialen Folgen des Schuldverhafts im Auge, mahnte denn auch der Kommentator des Zürcher Gesetzes, Johann Heinrich Gwalter, zur restriktiven Handhabung des gerichtlichen Ermessens: „Der Schuldverhaft darf nicht den Charakter einer in den Willen des Gläubigers gelegten Bestrafung des Schuldners annehmen; er soll lediglich als Mittel dienen, den letztern zu veranlassen, die aus Leichtsinne oder bösen Willen bisher unterlassene Zahlung an den Gläubiger zu leisten.“⁹⁷ Das Obergericht wog in seinen Entscheidungen denn auch die persönliche Situation des Schuldners ab und stellte klar, dass der Schuldverhaft nicht zur Bestrafung dienen soll, sondern dem Gläubiger diene, die bisher aus bösem Willen oder Leichtsinne vorenthaltene Bezahlung zu gewährleisten.⁹⁸ Die geäußerten Bedenken qualifizieren den Schuldverhaft als kaum mehr zeitgemässes Druckmittel. Auch die Überbindung der Vollzugskosten auf den Gläubiger deutet darauf hin, dass der Schuldner vor übereilten Sanktionen geschützt werden soll. Der Versuch, Gläubiger und Schuldnerinteressen an- und auszugleichen, wird hier offenkundig.

⁹⁵ Appenzeller, Schuldverhaft, S. 2–7.

⁹⁶ Hofer, Schuldverhaft, S. 197–198.

⁹⁷ Gwalter, Schuldbetreibungsgesetz, S. 189.

⁹⁸ Appenzeller, Schuldverhaft, S. 28.

Doch überstand der Schuldverhaft eine Novellierung des Betreibungsrechts 1851. Erst 1871, nach Revision der kantonalen Verfassung, wurde das Institut schliesslich abgeschafft. Angesichts dieser recht hartnäckigen Akzeptanz der Personalexekution durch den Gesetzgeber erscheint die Beurteilung durch Fritzsche/Walder, wonach der Schuldverhaft als „seit der Aufklärung hart angefochtene und in den schweizerischen Kantonen schon fast abgestorbene Einrichtung“⁹⁹ bezeichnet wird euphemistisch.

In den 1870er Jahren regte sich auch auf Bundesebene Widerstand. Die Bundesverfassung von 1848 gab dem kantonalen Insolvenzrecht keine Leitlinien vor. Die 1872 abgelehnte Verfassung schwieg zum Thema.¹⁰⁰ In den Vorarbeiten zur Verfassung von 1874 wurde das Verbot des Schuldverhafts als dritter Absatz in die Zuständigkeitsbestimmung von Art. 59 hinzugefügt.¹⁰¹ Die Norm war politisch unumstritten, der Schuldverhaft hatte seine Bedeutung in den kantonalen Gesetzen seit den 1850er Jahren zunehmend verloren.¹⁰²

2. Strafrechtliche Sanktionen

Generell gab es seit dem Spätmittelalter unterschiedlichste Strafen für Falliten. Diese reichten in seltenen Fällen von der Todesstrafe, über Verbannung, Arbeits- und Ehrenstrafen bis hin zu Abbitteleistungen.¹⁰³ In der frühen Neuzeit waren die Strafen für Schuldner oft hart. So war bei verschuldetem Konkurs die Verweisung aus der Eidgenossenschaft möglich, wobei sich deren Dauer regional unterschiedlich, nach der Höhe des Verlustes der Gläubiger richtete.¹⁰⁴

Eine übliche Nebenstrafe bei ungetilgten Schulden war häufig der Ausschluss aus dem genossenschaftlichen Gemeinwesen, später die Einstellung des Aktivbürgerrechts. Bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts herrschte gemeinhin vielerorts die Ansicht, dass derjenige welcher Schulden hat, selber dafür verantwortlich war, weshalb es folglich richtig sei, ihn aus öffentlichen Angelegenheiten generell auszuschliessen.¹⁰⁵ So konnte der Schuldner etwa im Kanton Graubünden nicht mehr als vollgültiger Zeuge vor Gericht auftreten.¹⁰⁶ Bei Nichtbezahlung des Militärpflichtersatzes konnte der Strafrichter zusätzlich auch noch ein Wirtshausverbot¹⁰⁷ von bis zu zwei Jahren

⁹⁹ Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs, S. 6.

¹⁰⁰ Vgl. BBl II 1870, S. 692–697.

¹⁰¹ Art. 59 BV: „Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden. Vorbehalten bleiben mit Bezug auf Ausländer die Bestimmungen bezüglich Staatsverträge. Der Schuldverhaft ist abgeschafft.“ Dazu auch Kley, Verfassungsgeschichte, S. 386.

¹⁰² Vgl. BBl II 1873, S. 976–977; Appenzeller, Schuldverhaft, S. 59.

¹⁰³ Vgl. Guggenheimer, Krisen und Konkurse, S. 209–221. So wurde im späten 17. Jahrhundert ein Kaufmann in der Stadt St. Gallen aufgrund seines Konkurses durch das Schwert hingerichtet.

¹⁰⁴ Widmer, Schuldbetreibung, S. 70–72.

¹⁰⁵ His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, II. Band, S. 356–357.

¹⁰⁶ Saluz, Schuldbetreibung, S. 70.

¹⁰⁷ Vgl. Guggenheimer, Krisen und Konkurse, S. 210; Wirtshausverbote auch in der Stadt St. Gallen.

aussprechen.¹⁰⁸ Der Begriff des bürgerlichen Todes (mort civil) fand durch den Code Civil Eingang auch in den schweizerischen Sprachgebrauch.¹⁰⁹ Die mit fruchtloser Pfändung oder Konkurs einhergehenden Nebenstrafen entsprachen weitgehend dem Gedanken des bürgerlichen Todes. Nur langsam setzte sich die Überzeugung durch, wonach die Verschuldensfrage ein wichtiges Kriterium für die Zumessung von Sanktionen im Bereich der bürgerlichen Rechte und Ehren wurde.¹¹⁰ Im Rahmen der Gewährleistung der Luzerner Verfassung im Jahr 1891 zeigte sich der Bundesrat besorgt darüber, dass durch derartige Sanktionen gegen Schuldner die demokratischen Mitbestimmungsrechte ganzer Klassen eingeschränkt werden könnten.¹¹¹ Die Einstellung des Stimmrechts aufgrund von Schulden wurde allerdings erst durch ein Bundesgesetz im Jahr 1920 in der ganzen Schweiz verboten. Bei erheblichem Selbstverschulden bestand aber für die Kantone weiterhin die Möglichkeit, das Stimmrecht für eine maximale Dauer von vier Jahren einzustellen.¹¹² Wer aus Leichtsinne oder Verschwendung Schulden machte, wurde härter bestraft, als derjenige, dem nichts vorgeworfen werden konnte.¹¹³ Leichtsinninger Konkurs und Vermögensverfall wurden 1937 zu einem eigenen Straftatbestand (Art. 165 StGB) im Schweizerischen Strafrechtsgesetzbuch.

Literaturverzeichnis

APPENZELLER ERICH, Der Schuldverhaft und seine Abschaffung nach den Gesetzgebungen der schweizerischen Kantone und des Bundes, Diss. Zürich, Zürich 1923.

BACHMANN JOHANN HULDREICH, Grundzüge eines Gesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, Frauenfeld 1888.

BERGIER JEAN-FRANÇOIS, Wirtschaftsgeschichte der Schweiz, 2. A., Zürich 1990.

BLUNTSCHLI JOHANN CASPAR, Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2. A., Zürich 1858.

BLUMENSTEIN ERNST, Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, Bern 1911.

BRAUN RUDOLF, Das ausgehende Ancien Régime in der Schweiz, Göttingen/Zürich 1984.

BRODBECK GUSTAV, Das basellandschaftliche Gantwesen, in ZSR 1878, S. 3-84.

BRUNNER RUDOLF, Der Gesetzesentwurf über Schuldbetreibung und Konkurs, Bern 1887.

BRUNNER WILHELM, Der Arrestprozess im mittelal-

terlichen Rechte der deutschen Schweiz, Diss. Halle Wittenberg 1933.

BRÜSTLEIN ALFRED, Die Grundzüge des Entwurfes eines eidgenössischen Betreibungs- und Konkursgesetzes, Basel 1888.

BRÜSTLEIN ALFRED (Hrsg.), Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs. Bern 1892-1912.

CASSIS YOUSSEF / TANNER JAKOB, Banken und Kredit in der Schweiz (1850-1930), Zürich 1993.

DAHLMANN GERHARD, Schweiz, in: Coing Helmut (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band III/2: Das 19. Jahrhundert: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, München 1982, S. 2755 – 2797.

DALLÈVES LOUIS, KLEINER BEAT, KRAUSKOPF LUTZ, RASCHEIN ROLF, SCHÜPBACH HENRI (Hrsg.), Zürich 1989, zit. (VERFASSER in: Festschrift 100 Jahre SchKG).

ENGLER ERWIN, Die Geschichte der luzernischen Vermögensvollstreckung bis ins 18. Jahrhundert im Rahmen der deutschschweizerischen Entwicklung, Diss. Zürich 1949.

FEIGENWINTER ERNST, Darstellung und Kritik der bundesrechtlichen Praxis in Konkursfällen, wo der Fallit Domizil in mehreren Kantonen hat, Basel 1880.

FICK ADOLF, Der Konkurs der Kollektiv-Gesellschaft, Zürich 1885.

FORSTER WOLFGANG, Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts, Köln/Weimar/Wien 2009.

FRITZSCHE HANS/WALDER HANS ULRICH, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984.

FRITZSCHE HANS, Das Rechtsbot, Eine Eigentümlichkeit ostschweizerischer Zivil-Prozesse, Diss. Zürich, Zürich 1905.

FRITZSCHE HANS, Die erste neuzeitliche Zivilprozessordnung des Kantons Glarus vom 9. Juli 1837, Sonderabdruck aus Jahrbuch 55 des historischen Vereins des Kantons Glarus 1952.

GRIMM JACOB / GRIMM WILHELM, Deutsches Wörterbuch, 32 Teilbände, Leipzig 1854-1860.

GSCHWEND LUKAS/PAHUD DE MORTANGES RENÉ (Hrsg.), Wirtschaftsrechtsgeschichte der Modernisierung in Mitteleuropa, Zürich/St. Gallen 2009, zit. (VERFASSER in: Wirtschaftsrechtsgeschichte).

GUGGENHEIMER DOROTHEE, Kredite, Krisen und Konkurse, Wirtschaftliches Scheitern in der Stadt St. Gallen im 17. und 18. Jahrhundert, St. Gallen 2014.

GUGERLI DAVID / JAUN RUDOLF / PFISTER ULRICH (Hrsg.), Schweiz im Wandel, Studien zur neueren Gesellschaftsgeschichte, Festschrift für Rudolf Braun

¹⁰⁸ Appenzeller, Schuldverhaft, S. 65.

¹⁰⁹ Bernet, in: Meier/Bernet/Dubach/Germann, Zwang zur Ordnung, S. 125–127.

¹¹⁰ Schwerzmann, Zuger Schuldbetreibungsrecht, S. 92–93, vgl. auch Suter, Schuld und Schulden, S. 115–120.

¹¹¹ Bundesrat, Gewährleistung des luzernischen Verfassungsgesetzes, S. 994–996.

¹¹² His, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, III. Band Teil 1, S. 526 - 527. Vgl. Bundesgesetz betreffend die öffentlich-rechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses vom 29. April 1920.

¹¹³ Saluz, Schuldbetreibung, S. 17.

- zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt am Main 1990, zit. (VERFASSER in: Schweiz im Wandel).
- GWALTER JOHANN HEINRICH, Das zürcherische Schuldbetreibungsgesetz vom 1. April 1851, mit Erläuterungen, Zürich 1853.
- HAGEMANN HANS-RUDOLF, Vielschichtiges Recht – Zivilrechtspflege im neuzeitlichen Basel, Basel 2009.
- HAUSER ALBERT, Schweizerische Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Zürich 1961.
- HEUSLER ANDREAS, Der Zivilprozess der Schweiz, Leipzig 1923.
- HIS EDUARD, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Zweiter Band, Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814-1848, Basel 1929.
- HIS EDUARD, Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, Dritter Band – 1. Teil, Der Bundesstaat von 1848 bis 1914, Basel 1938.
- HOFER UELI, Vom Schuldverhaft zur unentgeltlichen Prozessführung, BLSchK 2003, S. 193 – 204.
- HEUSLER ANDREAS, Die Bildung des Concursprozesses nach schweizerischen Rechten, in: ZSR 1858, S. 117 – 230.
- KAISER SIMON, Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern, erstes Buch, St. Gallen 1858.
- KELLER GUSTAV, Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Concurs mit einer historischen Einleitung, Zürich 1891.
- INEICHEN ANDERAS, Bäuerliche Bodenverschuldung im Ancien Régime: Das Beispiel Ebikon (bei Luzern) um 1690, Schweizerische Zeitschrift für Geschichte 42 (1992), S. 69 – 93.
- KLEY ANDREAS, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 2. Auflage, Bern 2008.
- LEUPOLD E., Betreibung auf Pfändung oder Betreibung auf Konkurs, Olten 1886.
- LEUTHY JOHANN JAKOB, Gründliche Anleitung zur Schuldbetreibung in den sämtlichen Kantonen der Schweiz. Mit Anführung der diesfälligen Gesetze, Statuarrechte und Uebungen, Zürich 1848.
- LEUTHY JOHANN JAKOB, Eidgenössisches Concursrecht, Zürich 1847.
- LEUTHY JOHANN JAKOB, Sammlung aller Concurs-Gesetze sämtlicher Kantone der Schweiz, 3. Bd., Zürich 1845-1847.
- LEUTHY JOHANN JAKOB, Organismus aller Behörden und Beamten sämtlicher Cantone der Schweiz, Zürich 1844.
- MALAMUD SIBYLLE / SUTTER PASCAL, Die Betreibungs- und Eingewinnungsverfahren der Stadt Zürich im Spätmittelalter, ZRG GA 116 (1999), S. 87 – 118.
- MEIER ANKE, Die Geschichte des deutschen Konkursrechts, insbesondere die Entstehung der Reichskonkursverordnung von 1877, Frankfurt am Main/Berlin/Bern 2003.
- MEIER MARIETTA / BERNET BRIGITTA / DUBACH ROSWITHA / GERMANN URS, Zwang zur Ordnung – Psychiatrie im Kanton Zürich, 1870-1970, Zürich 2007.
- MEILI FRIEDRICH, Die Schuldexecution und der Concurs gegen Gemeinden, Zürich 1880.
- MITTERMAIER CARL JOSEPH ANTON, Der gemeine deutsche bürgerliche Prozess in Vergleichung mit dem preussischen und französischen Civilverfahren und mit dem neuesten Fortschritten der Prozessgesetzgebung, Bd. 3, Bonn 1832.
- MEYER ERNST, Über das Schuldrecht der deutschen Schweiz in der Zeit des XIII. bis XVII. Jahrhunderts, Breslau 1913.
- MOESCH OSCAR, Die Notstundung und ihre Geschichte im schweizerischen Betreibungsrecht, Diss. Zürich, Zürich 1923.
- SALUZ JOHANN GEORG, Die Schuldbetreibung nach den bündnerischen Statutarrechten, Diss. Freiburg, Freiburg 1952.
- SCHLUMBOHM JÜRGEN (Hrsg.), Soziale Praxis des Kredits 16. - 20. Jahrhundert, Hannover 2007.
- SNELL LUDWIG SAMUEL, Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts, Bd. 1 1837.
- SCHURTER EMIL / FRITZSCHE HANS, Das Zivilprozessrecht des Bundes, Bd. 1, Zürich
- SCHWERZMANN JOSEF, Das Zuger Schuldbetreibungsrecht bis ins 19. Jahrhundert, Diss. Zürich 1962.
- SUTER MISCHA, Schuld und Schulden. Zürich, 1842, L'Homme Z.F.G. 22 II (2011), S. 113 – 120.
- VERHANDLUNGEN DES SCHWEIZERISCHEN JURISTENVEREINS 1881, Erstes Heft (Separatdruck), Zürich 1881.
- VON BERLEPSCH HERMANN A. (Hrsg.), Schweizer Kunde, Braunschweig 1864.
- WACH ADOLF, KISCH WILHELM, MENDELSSOHN BARTHOLDY ALBRECHT, PAGENSTECHE MAX (Hrsg.), Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaten – Erster Band, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Leipzig 1923.
- WEBER LEO, Zur Kritik über das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 1889.
- WIDMER HANS, Die Geschichte von Schuldbetreibung und Konkurs in den Urkantonen bis ins 18. Jahrhundert, Diss. Zürich 1939.
- WYSS FRIEDRICH, Geschichte des Concursprozesses der Stadt und Landschaft Zürich bis zum Erlasse des Stadt- und Landrechtes von 1715, Zürich 1845.
- WYSS FRIEDRICH, Die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten, in: ZSR 1858, S. 3 – 116.
- ZIEGLER ERNST (Bearbeiter), Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallens, Teil II, Die Stadtrechte von St. Gallen und Rapperswil, Band II, Das Stadtbuch von 1673.

ZWEIDLER THOMAS, Vom Treiben des Rechtstriebs und der Fülle des Falliments, *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs* (BlSchK) 2004, S. 161-171.

Quellenverzeichnis

BBl II 1870, S. 665 – 710; Botschaft des Bundesrates an die h. Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung.

BBl II 1873, S. 963 – 997; Botschaft des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung.

BBl III 1879, S. 1022 – 1023; Bericht des Bundesrates an die hohe Bundesversammlung über die Petition des Vereins schweizerischer Geschäftsreisender, betreffend Erlass eines eidg. Betreibungs- und Konkursgesetzes.

BBl II 1886, S. 1 – 166; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem vom Bundesrathe am 23.

Februar 1886 festgestellten Entwürfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs.

BBl III 1886, S. 877 – 900; Bericht der ständeräthlichen Kommission zum Gesetzesentwurf betreffend Schuldbetreibung und Konkurs.

BBl I 1887, S. 784 – 806, Bericht der nationalrätlichen Kommission zum Gesetzesentwurf betreffend Schuldbetreibung und Konkurs.

BBl 1888 IV, S. 1137 – 1281, Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den in Gemässheit des Beschlusses der Bundesversammlung vom 29. Juni 1888 ausgearbeiteten definitiven Entwurf des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs.

BBl I 1891, S. 987-997; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die eidgenössische Gewährleistung des luzernischen Verfassungsgesetzes vom 26. November 1890.

Große Sensation in Budapest in den 1920er-Jahren: Richter auf der Anklagebank

Kinga Beliznai Bódi

Im März 1927 brachten die Tageszeitungen eine „große Sensation“: Ein Richter am Gerichtshof zu Budapest wurde beschuldigt, in Zusammenwirken mit Rechtsanwälten für Geld große Einnahmen versprechende Aufträge verteilt zu haben und deshalb verhaftet.

Was mag wohl den Richter István Nagy auf diesen Abweg geführt haben? Schwierigkeiten beim Lebensunterhalt? Mangelnde Regelung der Richterbesoldung? Oder einfach sein Charakter? Was ihn auch immer auf den Weg „zur Kriminalität“ geführt haben mag, seine Sache lenkte die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf sich, denn „nach langen Jahrzehnten war das der erste Fall, in dem ein Mitglied der ungarischen Richterschaft, dieser beispielhaft puritanischen Körperschaft, so schwer beschuldigt wurde.“¹ Zum Glück glaubte die rechtsuchende Öffentlichkeit weiterhin unerschütterlich an Unparteilichkeit und Unbestechlichkeit der Richterschaft. Wenn es nämlich „in der Justizorganisation, die Tausende von Mitgliedern zählt, einen oder zwei Menschen gibt, dessen Charakter der Versuchung nicht widerstehen kann, kann daraus mit nüchternem Verstand auf nichts anderes geschlossen werden, dass die Möglichkeit der Versuchung zu verringern ist.“²

I. Disziplinarverfahren gegen den Berichterstatter in Zwangsvergleichs- und Insolvenzssachen

Gegen István Nagy³, einen der Berichterstatter in Zwangsvergleichs- und Insolvenzssachen am Budapester

königl. Zivilgerichtshof wurde im Dezember 1926 ein Disziplinarverfahren eingeleitet, und er wurde einstweilig seines Amtes enthoben. Er geriet nämlich in Verdacht, bei Erledigung der Sachen schwere Regelwidrigkeiten begangen zu haben. Da im Zuge des Disziplinarverfahrens das Begehen strafrechtlich geahndeten schweren Missbrauchs nachgewiesen werden konnte, wurden die Ermittlungen in der Sache aufgenommen.⁴

Während der Wirtschaftskrise versuchten inzwischen insolvent gewordene Händler oder Unternehmer mit ihren Gläubigern zunächst einen Zwangsvergleich zu schließen. Die Gläubiger beriefen eine Versammlung ein, und wenn sie sich darin einig waren, einen gewissen Teil der Forderungen zu erlassen, riefen sie ein Gericht an, und im Prozess hing es vom Richter ab, ob er den Zwangsvergleich bestätigt oder nicht. Sah der Richter den Zwangsvergleich als durchführbar an und genehmigte ihn, dann bestellte er für das insolvente Unternehmen einen Vergleichsverwalter.

Gemäß Verordnung des Justizministers Nr. 4.800/1922. I. M. hatten die Gerichte in Zivilprozessen und in nichtstreitigen Zivilverfahren Sachverwalter, Konkursverwalter und Vergleichsverwalter in erster Linie aus der Mitte kriegserfahrener Rechtsanwälte zu bestellen.⁵ Gegen Ist-

Nagy István törvényszéki bíró a vádlottak padján (István Nagy, Richter am Gerichtshof auf der Anklagebank), *Budapesti Hírlap* (Budapester Nachrichtenblatt), 6. Nov. 1928, Jg. 48, Nr. 251, S. 6.

² Exceptio confirmat regulam, *Jogtudományi Közlöny* (Rechtswissenschaftliche Mitteilungen), 1. April 1927, Jg. 62, Nr. 7, S. 63.

³ István Nagy wurde am 14. Juli 1887 in Budapest geboren. Kriegs-

richter, Oberleutnant, von 1918 Justizsekretär am Budapester königl. Zivilgerichtshof, von 1921 daselbst Richter. Am 7. Februar 1918 heiratete er Erzsébet Horváth, Tochter von Mihály Horváth aus Felsőbük, Direktor der Genossenschaft „Hangya“. Die Ehe wurde im Frühling 1929 geschieden. Aus der Ehe gingen zwei Kinder hervor. István Nagy heiratete im Dezember des gleichen Jahres Júlia (Juci) Lubik.

⁴ MTI Napi Hírek (Tagesnachrichten der MTI), 15. März 1927, 22. Ausgabe

⁵ Die Anwaltskammer hatte eine Namensliste der von der Verord-

ván Nagy gab es zahlreiche Beschwerden, denn er verteilte – trotz Vorschriften der Verordnung – „reichlich abwerfende Geschäfte“ nach eigenem Gutdünken, und vor allem unter Rechtsanwälten „mit gewissen Privilegien“. In einzelnen Sachen erreichte das Entgelt eines Vergleichsverwalters sogar fünf- bis sechshundert Millionen Kronen.⁶ Kriegserfahrenen Rechtsanwälten⁷ blieben nur die weniger ertragreichen Fälle übrig.

Von István Nagy konnte sich ein Rechtsanwalt die Bestellung zum Vergleichsverwalter nur erhoffen, wenn er sich im Voraus verpflichtete, ihm einen Teil des vom Richter zugesprochenen Entgelts zu „überlassen“. Richter und betroffene Rechtsanwälte „verhandelten“ miteinander nie unmittelbar, sondern nur durch Mittelsmänner. Der Mittelsmann war meistens der Buchprüfer György Gazda. „Konnte Gazda mit dem Rechtsanwalt eine Vereinbarung treffen, wurde diese schriftlich festgehalten und Richter Dr. István Nagy bestellte ihn zum Vergleichsverwalter.“ Und György Gazda war am Zwangsvergleich als Buchprüfer tätig.⁸ Insgesamt wurden ihnen sechshundertfünfzig solche Fälle zur Last gelegt.

II. Ermittlungen und Untersuchung

Im Zuge der Ermittlungen kam zum Vorschein, dass sich in Zwangsvergleichssachen ein ganzes Netz von Mittelsmännern entwickelt hatte. Mit István Nagy standen mehrere bekannte Budapester Rechtsanwälte und auch Buchprüfer in Verbindung, gegen die wegen Bestechung bzw. Amtsmissbrauchs ein Verfahren eingeleitet wurde. Richter Nagy „setzte in den von ihm bearbeiteten Zwangsvergleichssachen horrende Arbeitsentgelte für die von ihm bestellten Vergleichsverwalter zu Lasten der am Rand des Konkurses stehenden Händler fest, und er nahm von den Rechtsanwälten Provision nach dem Entgelt an.“⁹

Der Polizei gelangte zur Kenntnis, dass er Bankeinlagen in Höhe von mehreren hundert Millionen bei der Ungarisch-Italienischen Bank hatte¹⁰, und er kaufte auf den Namen seiner Frau und seiner Kinder Aktien einer eigens für ein Miethaus in der City gegründeten Aktiengesellschaft

im Wert von mehr als einer Milliarde Kronen. Er gab seine frühere „bescheidene“ Wohnung auf und kaufte in der Innenstadt eine Achtkammerwohnung, diese richtete er wunderschön ein, stellte Personal ein, hatte zwei Autos, kleidete sich modisch, und verbrachte seinen Sommerurlaub zusammen mit seiner Frau in Kurorten im Ausland „immer in den vornehmsten Hotels“.

„Es wurde auch erzählt, dass der Richter eine Bekannte namens Juci Lubik habe, die durch Vermittlung gewisser Personen bei Unternehmen im Zwangsvergleichsverfahren Anstellung als Privatbeamte bekam. Nach einigen Wochen Arbeit schied sie vom Dienst aus und erhielt eine Abfindung meistens in Höhe von drei oder sechs Monatsgehältern, natürlich zu Lasten des Unternehmens im Zwangsvergleichsverfahren.“¹¹

Der erste Fall, in dem es zur konkreten Beschuldigung kam, war die Sache des Budapester Unternehmens Herrenschnneider und Kleidungsgrößhandel der Geschwister Koch. Die Firma meldete im August 1925 mit etwa drei Milliarden Passiva Zwangsvergleich. Zur größten Überraschung von Anwaltskreisen bestellte István Nagy den Rechtsanwalt Sándor Márk zum Vergleichsverwalter, obwohl allgemein bekannt war, dass dieser unter schlechten finanziellen Verhältnissen lebte und gegen ihn mehrere Disziplinarverfahren anhängig waren. Die Anwaltskammer machte István Nagy darauf auch aufmerksam und riet ihm, Márk dieser Stellung zu entheben. Der Rechtsanwalt blieb trotzdem bis August 1926 als Vergleichsverwalter im Amt.

Vergleichsverwalter und Buchprüfer schätzten das Vermögen der in Konkurs geratenen Unternehmen entweder zu hoch oder zu niedrig, abhängig davon, welches „Gewinnziel“ sie verfolgten. Laut Anklagen kamen sie auf diese Weise an riesige Beträge. Ein Beispiel: In Sachen des Damenmodeunternehmens Kemény und Kallós erhielten sie hundertzehn Millionen Kronen, und dieser Betrag war deutlich höher als der Wert der geleisteten Arbeit. In zahlreichen anderen Fällen überstiegen die Arbeitsgebühren der Vergleichsverwalter und Buchprüfer „die Belastbarkeit der Unternehmen“, so dass der Zwangsvergleich einfach vereitelte. Im Zwangsvergleichsverfahren gegen die Katzky Eisen- und Maschinenindustrie AG mussten die Eigentümer des Unternehmens ihre Juwelen notgedrungen verpfänden, um den Betrieb überhaupt erhalten zu können.¹²

Am 15. März 1927 wurden Hausdurchsuchungen bei Unternehmen und Buchprüfern vorgenommen, bei denen gemäß Polizeiangaben Schriften und kompromittierende Angaben vermutet wurden, „die sich auf das Zusammenspielen mit István Nagy und auf das Zusammenwirken für finanzielle Vorteile bezogen“. István Nagy leugnete in der Polizeihauptmannschaft, die

Unternehmen und Buchprüfern vorgenommen, bei denen gemäß Polizeiangaben Schriften und kompromittierende Angaben vermutet wurden, „die sich auf das Zusammenspielen mit István Nagy und auf das Zusammenwirken für finanzielle Vorteile bezogen“. István Nagy leugnete in der Polizeihauptmannschaft, die

Unternehmen und Buchprüfern vorgenommen, bei denen gemäß Polizeiangaben Schriften und kompromittierende Angaben vermutet wurden, „die sich auf das Zusammenspielen mit István Nagy und auf das Zusammenwirken für finanzielle Vorteile bezogen“. István Nagy leugnete in der Polizeihauptmannschaft, die

⁶ Wofür reichte wohl dieser Betrag? Die Lebensmittelpreise in der Budapester Markthalle sahen Ende 1926 wie folgt aus: 1 kg Rindfleisch 26.000–40.000 Kronen, 1 kg Schweinefleisch 30.000–34.000 Kronen, 1 kg Weißbrot 7.000–8.000 Kronen, 1 kg Halbweißbrot 6.000–6.800 Kronen, 1 kg Kartoffeln 2.200–3.000 Kronen, 1 kg Äpfel 6.000–30.000 Kronen, 1 Liter Milch 4.600–5.000 Kronen.

⁷ Kriegserfahrene Rechtsanwälte erhoben deshalb mehrmals Beschwerde beim Landesverband Kriegserfahrener Rechtsanwälte und baten um Untersuchung ihrer Sache.

⁸ Dr. Nagy István törvényszéki bírót ma éjszaka előzetes letartóztatásba helyezték (Dr. István Nagy, Richter am Gerichtshof wurde heute Nacht in Untersuchungshaft genommen), Pesti Hírlap (Pester Nachrichtenblatt), 16. März 1927, Jg. 49, Nr. 61, S. 2.

⁹ Súlyos visszaélések gyanúja miatt letartóztatták Nagy István dr. törvényszéki bírót (Wegen Verdachts schwerer Missbräuche Dr. István Nagy, Richter am Gerichtshof verhaftet), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 16. März 1927, Jg. 47, Nr. 61, S. 3.

¹⁰ István Nagy mietete unter dem Decknamen „Tamás Benő“ ein Safe bei der Ungarisch-Italienischen Bank, wo er auch auf die Namen „Erzsébet“ und „Tamás“ lautende Sparbücher hatte. Unmittelbar vor seiner Verhaftung legte er einen größeren Betrag bei der Bank an. István Nagy war bei der Bank unter einem Pseudonym verzeichnet. Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 17. Febr. 1929, Jg. 49, Nr. 40, S. 20.

¹¹ Súlyos visszaélések gyanúja miatt letartóztatták Nagy István dr. törvényszéki bírót (Wegen Verdachts schwerer Missbräuche Dr. István Nagy, Richter am Gerichtshof verhaftet), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 16. März 1927, Jg. 47, Nr. 61, S. 3.

¹² Ügyvédek, igazgatók vallomása Nagy István bűnperében (Zeugenaussagen von Rechtsanwälten und Direktoren im Strafprozess gegen István Nagy), Pesti Napló (Pester Journal), 10. Jan. 1929, Jg. 80, Nr. 8, S. 11.

ihm zur Last gelegten Straftaten begangen zu haben, und er wiederholte immerfort: „Gegen mich wurde eine Hetze veranstaltet. Auf meinem Gewissen lastet keine Schuld.“¹³ Nach einem mehrstündigen Verhör wurde er verhaftet.

István Nagy erwarb in seinem Berufsleben als Richter mehr Feinde als Freunde, er war nicht beliebt. „Er war berühmt für seine barschen Umgangsformen, für schonungslose Zurechtweisungen, von denen er sogar ältere und angesehene Rechtsanwälte nicht verschonte.“¹⁴ Ágost Kirscht, ein Rechtsanwalt, vertrat 1926 Kleingläubiger im Zwangsvergleichsverfahren gegen die Szász János & Co. KG und konnte die rauen Manieren des Richters selber erfahren. Obwohl ihn István Nagy durch einen Rechtsanwalt um Verzeihung bat, sagte er, dass der Richter in der Zwangsvergleichsverhandlung auch mit ihm „in einem unerträglich terroristischen Ton sprach.“ Und die Kleingläubiger, unter denen viele Polizisten, Gendarmen, Postboten und Eisenbahner waren, „verjagte Nagy, schrie sie an, warum sie hier dem lieben Gott die Zeit stehlen, er werde sie bei ihrer Obrigkeit anzeigen.“¹⁵

Nach der Verhaftung fragten Journalisten seine Frau über ihren Mann, aber eher über ihr Vermögen von etwa anderthalb Milliarden Kronen aus. Die Frau sagte, sie haben es „sauber und anständig erworben“, und es stamme „größtenteils aus Börsenspekulationen“. „Ich bin eine sehr geschäftstüchtige Frau und gehe ausgezeichnet mit Geld um. Außerdem brachte ich auch ein wenig Geld ins Haus. Während des Kriegs schloss ich verschiedene Geschäfte. Das bildete die Grundlage unseres Vermögens. Neuerdings befasste ich mich sehr geschickt mit An- und Verkauf von Immobilien.“ Auch „die oft erwähnte Juci“, die ihrem Mann von einem Bekannten vorgestellt wurde, kam zur Sprache. „Anscheinend haben sie einander gefallen. Diese Bekanntschaft oder was dauerte anderthalb Jahre.“¹⁶

Die Journalisten suchten auch Juci Lubik auf, die erklärte, von den Gerüchten sei kein einziges Wort wahr, István Nagy habe ihr „keine Stelle auf regelwidrige Art und Weise verschafft“.

Im Zusammenhang mit den verdächtigen Zwangsvergleichssachen wurden in der Polizeihauptmannschaft Budapest in zwei Tagen fast zweihundert Zeugen vernommen, unter ihnen Rechtsanwälte, die wegen der Missbräuche bereits früher Beschwerde einlegten, bzw. die in Zwangsvergleichssachen als Vergleichsverwalter oder Buchprüfer tätig waren.

Zu den interessantesten Fällen gehörte die Sache der Gebrüder Martos AG. Das Unternehmen fing vor drei Jah-

ren an, sich mit großen „Abzahlungsgeschäften“ zu beschäftigen, und es „überflutete schlechthin die Hauptstadt mit seinen Waren auf Abzahlung“. Da ein großer Teil der Käufer die Raten bedauerlicherweise verspätet oder überhaupt nicht zahlte, wurde die AG zahlungsunfähig und konnte einem Zwangsvergleichsverfahren nicht entkommen. Der Landesverein für Kreditschutz bestellte den Buchprüfer Béla Szántó, der die Bilanz des Unternehmens aufstellte und in seinem Sachverständigengutachten festhielt, dass das Unternehmen mit einem Zwangsvergleich noch ohne Konkursverfahren zu retten sei. Für seinen Sachverständigenbericht erhielt er zehn Millionen Kronen Honorar.

Aufgabe des Zwangsvergleichsverfahrens wäre es gewesen, einen Vergleich zwischen dem Unternehmen und seinen Gläubigern über die Quote herbeizuführen. Die Sache landete am Gerichtshof beim Richter István Nagy, der „überraschenderweise“ ein neues Sachverständigengutachten verlangte. „Noch größer war die Überraschung der Betroffenen“, als es herauskam, dass das neue Gutachten dem alten völlig widersprach. Kurz darauf kamen Gerüchte auf, dass István Nagy dem Buchprüfer Szántó für diese Arbeit 70 Millionen Kronen Honorar in seinem eigenen Wirkungskreis festsetzte. Das „sonderbare Sachverständigengutachten und seine finanziellen Folgen erregten peinliches Auffallen“, denn die Mehrheit der Gläubiger hätte das kostspielige Konkursverfahren gern vermieden und die Quote akzeptiert.¹⁷

Auf erneute Verhöre folgten weitere vorläufige Festnahmen: Vorläufig festgenommen wurden der 38jährige Kriegsinvalide Árpád Hódy, Justizsekretär am Gerichtshof, Sekretär von Nagy, der Buchprüfer György Gazda, sowie der Rechtsreferendar István Bogyó. Gemäß Ermittlungsergebnissen wusste Árpád Hódy Bescheid über die Zwangsvergleichssachen seines Vorgesetzten. Diese Tatsache erklärte, dass er zweieinhalb Jahre neben Nagy bleiben konnte, obwohl bei den Gerichten üblich war, Justizsekretäre nur einige Monate neben dem gleichen Richter zu beschäftigen.¹⁸ Trotz dessen leugnete er, Kenntnisse über die missbräuchlichen Handlungen von Nagy gehabt zu haben.

Auch der Rechtsreferendar Vilmos Sellő wurde verhört. Er wiederholte seine frühere Aussage, mit Nagy seit langer Zeit freundschaftlich verbunden zu sein, aber von seinen angeblichen Missbrauchshandlungen keine Kenntnisse gehabt zu haben. Er leugnete, die um den Richter am Gerichtshof „versammelten Schlepper“ organisiert zu haben und in den durchgeführten Zwangsvergleichssachen irgendeine Rolle gespielt zu haben.¹⁹

István Nagy wurde dem Rechtsanwalt Elemér Huczik gegenübergestellt, der über das Vermögen von Nagy be-

¹³ Letartóztatták dr. Nagy István törvényszéki bírót (Richter am Gerichtshof Dr. István Nagy verhaftet), Friss Ujság (Frische Zeitung), 16. März 1927, Jg. 32, Nr. 61, S. 3.

¹⁴ A. a. O.

¹⁵ Az elnök az ügyész megállapítás ellen foglalt állást a Nagy István per mai tárgyalásán (Vorsitzender bezog Stellung gegen die Feststellung des Staatsanwalts im heutigen Verhandlungstag im Prozess gegen István Nagy), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 5. Jan. 1929, Jg. 49, Nr. 4, S. 15.

¹⁶ Letartóztatták dr. Nagy István törvényszéki bírót (Richter am Gerichtshof Dr. István Nagy verhaftet), Friss Ujság (Frische Zeitung), 16. März 1927, Jg. 32, Nr. 61, S. 4.

¹⁷ Nagy István dr. és Sellő V. István mai szembesítésükkor nyugodtan mentegettek egymást (Dr. István Nagy und István Sellő V. entschuldigten sich gegenseitig in aller Ruhe bei ihrer heutigen Gegenüberstellung), 8 Órai Ujság (8-Uhr-Zeitung), 18. März 1927, Jg. 13, Nr. 63, S. 1.

¹⁸ A. a. O., S. 2.

¹⁹ Dr. Nagy István törvényszéki bírót ma éjszaka előzetes letartóztatásba helyezték (Dr. István Nagy, Richter am Gerichtshof wurde heute Nacht in Untersuchungshaft genommen), Pesti Hírlap (Pester Nachrichtenblatt), 16. März 1927, Jg. 49, Nr. 61, S. 2.

fragt wurde. Huczik sagte aus, sie hätten sich 1923, während der Wirtschaftskonjunktur kennengelernt, als er Leiter der Duna Lloyd AG war. Das Unternehmen beschäftigte sich damals auch mit Börsengeschäften, und Nagy habe durch seine Vermittlung tausend Stück Aktien an einer Schuhfabrik gekauft, zum damaligen Wert für zwei Millionen Kronen. Nach dem Kauf habe Nagy die Aktien mit einem Gewinn von zwanzig Millionen Kronen verkauft. Das auf diese Weise erworbene Geld habe Frau Nagy – ebenfalls durch Huczik's Vermittlung – in Dollar angelegt und damit einen satten Gewinn gemacht.²⁰

In einem erneuten Verhör gab Huczik zu, seine frühere Aussage nicht ganz der Wirklichkeit entsprechend gemacht zu haben. Er trug vor, auf Bitte seiner Frau – eine Freundin von Frau Nagy – Quittungen und Bestätigungen Frau Nagy zukommen gelassen zu haben, mit deren Hilfe sie das Entstehen ihres Vermögens nachweisen konnte. Er habe zwar die Schriftstücke ausgestellt, sei aber von der Wahrheit ihres Inhalts „nicht überzeugt“ gewesen. Das Vermögen des Richters habe nicht er verwaltet.²¹

Gleichzeitig machte auch Vilmos Sellő die Aussage, dass Frau Nagy durch sein Börsenkommissionsunternehmen Geschäfte geschlossen habe, und im Oktober 1926 habe er auf Bitte von Nagy auf noch nicht abgeschlossene Seiten früherer Geschäftsbücher falsche Angaben eingetragen, die „zu Gunsten von Nagy entstandene Börsengewinne scheinbar nachweisen würden“.²²

Nach den Verhören nahm die Polizei eine erneute Hausdurchsuchung bei Nagy vor.

Die Budapester königl. Staatsanwaltschaft übersandte am 21. März 1927 alle Unterlagen der Sache István Nagy dem Budapester königl. Straferichtshof, der die begangenen Straftaten qualifizierte.

III. Der Untersuchungsantrag

Mitte April 1927 reichte die Staatsanwaltschaft den Untersuchungsantrag ein. Sie beantragte Ermittlungen wegen Verbrechen der mehrfachen Bestechung, wegen Vergehen des Amtsmissbrauchs, wegen Verbrechen der Urkundenfälschung und wegen Verleitung zur Falschaussage. Gegen Árpád Hódy wurde der Untersuchungsantrag ebenfalls wegen Verbrechen der Bestechung und der Verleitung zur Falschaussage gestellt. Im Fall von György Gazda, István Bogyó und Vilmos Sellő war er ebenfalls auf Verbrechen der Bestechung ausgerichtet. Gegen Sellő wurde auch wegen anderer verschiedener Beste-

chungen ermittelt. Gegen Huczik und Sellő wurde das Verfahren wegen Vergehen der Begünstigung eingeleitet.²³

Der Untersuchungsantrag teilte die István Nagy vorgeworfenen Straftaten in drei Gruppen ein, in die auch die anderen Beschuldigten eingebunden waren.

Am schwersten fiel ins Gewicht, dass Nagy einen Teil von den Honoraren der Vergleichsverwalter und Buchprüfer bekam, die er selber in einer „horrenden“ Höhe festgesetzt hatte, und die das Vermögen der unter Zwangsvergleich stehenden Unternehmen völlig in Anspruch genommen hatten. Diese Straftaten wurden durch Beweise nachgewiesen, die die Betroffenen bezüglich Entgegennahme und Aufteilung des Geldes hinterließen. Die als Vergleichsverwalter bestellten Rechtsanwälte bzw. Buchprüfer entschuldigten sich bei den Unternehmen häufig damit, dass „sie auf die Bezahlung der ungeheuren Beträge darum gnadenlos bestehen mussten, weil sie einen Teil davon abgeben mussten“.

Es kam ans Tageslicht, dass Beteiligte, die gegen die hohen Gebühren protestierten, von den Beschuldigten durch Bedrohungen zum Schweigen gebracht wurden. „Nagy scheute sich nicht, er drohte sogar einen Schuldner, der die Honorare nur nach Verhökern seines Warenlagers hätte bezahlen können [...], für den Fall der Verweigerung des Zwangsverkaufs, in einem Gerichtsverfahren zu Haftstrafe zu verurteilen“.

Zur dritten Gruppe gehörten die Straftaten, die Nagy durch Verstoß gegen die geltenden Verordnungen und die Gerichtspraxis mit dem Ziel beging, seinen Vertrauensleuten ungerechtfertigten Nutzen zu verschaffen, und deshalb rechtswidrig hohe Honorare für Vergleichsverwalter und Buchprüfer festsetzte. Nagy und seine Komplizen erreichten sogar, dass „die Zahlungsverpflichteten in Hoffnung auf verschiedene Rekompensationen ihre Rechtsmittel zurücknahmen“. Gemäß Beweise gab es in Fällen, in denen die Schuldner ihre Rechtsmittel trotzdem nicht zurücknahmen, zweitinstanzliche Urteile, in denen sie fast ausnahmslos von der Zahlungspflicht befreit wurden, oder die eigentlich mehrere hundert Millionen hohe Gebühren auf ihren „unbedeutenden Bruchteil“ herabgesetzt wurden. In einer beträchtlichen Zahl gab es Beschlüsse von höheren Instanzen, in denen Nagy „über Rechtswidrigkeit seiner Kostenfestsetzungen streng belehrt wurde, er solle deshalb in Zukunft davon Abstand nehmen“.

In „Nachahmung“ von Nagy, obwohl mit erheblich kleineren Beträgen, beging auch Hódy ähnliche Rechtswidrigkeiten, durch die er zu verschiedenen Vergünstigungen und ungerechtfertigten Vorteilen kam.²⁴

²⁰ Újabb három letartóztatás és két őrizetbe vétel Nagy István ügyében (Weitere drei Festnahmen und zwei Inhaftierungen in der Sache gegen István Nagy), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 17. März 1927, Jg. 47, Nr. 62, S. 6.

²¹ Újabb fontos adatok Nagy István vagyonának keletkezéséről (Weitere wichtige Angaben zur Entstehung des Vermögens von István Nagy), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 19. März 1927, Jg. 47, Nr. 64, S. 7.

²² Nagy István törvényszéki bíró vagyonának jogos szerzéséről tett vallomását társai beismerésükkel megdöntötték (Aussage von István Nagy über rechtmäßigen Erwerb seines Vermögens von seinen Konsorten gestürzt), Pesti Hírlap (Pester Nachrichtenblatt), 20. März 1927, Jg. 49, Nr. 65, S. 6.

²³ Az ügyészség összeállította Nagy István és társai bűnlajstromát (Sündenregister des István Nagy und seiner Konsorten von der Staatsanwaltschaft zusammengestellt), Pesti Hírlap (Pester Nachrichtenblatt), 15. April 1927, Jg. 49, Nr. 86, S. 14.

²⁴ Árpád Hódy zeigte bei seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung schließlich ein Fläschchen für Rosenwasser und zwei Seifenschäufchen, die er vom Friseur Miksa Grünfeld als Geschenk bekam. A Nagy István-ügy egyetlen bűnjele - két szappanbáránka, amelyeket egy fodrász ajándékozott Nagy István jegyzőjének (Das einzige Beweisstück in Sachen gegen István Nagy – zwei Seifenschäufchen, geschenkt von einem Friseur an den Sekretär von

Es wurde auch unter Beweis gestellt, dass nach Einleitung des Strafverfahrens beide bestrebt waren, Zeugen, die mit großer Wahrscheinlichkeit gegen sie aussagen würden, zur Falschaussage zu verleiten.

Der Untersuchungsrichter ordnete am 23. April 1927 die Beschlagnahme des Vermögens von Nagy wegen Straftaten an. Die Maßnahme wurde ergriffen, weil Nagy seine Frau, die ihn im Gefängnis besuchte, bat, ihre gemeinsame Wohnung, die Möbel und sonstiges Mobiliar zu verkaufen und mit den Kindern ins Ausland zu fahren. Der anwesende Gefängnisaufseher erstattete Bericht über das Gespräch, und die Anklagebehörde beantragte auf Grund dessen die Anordnung der Strafbeschlagnahme.²⁵

Frau Nagy reichte im Mai ein Gesuch bei der Staatsanwaltschaft ein, in dem sie die Beschlagnahme ihres Vermögens und die Einziehung ihres Reisepasses beanstandete, obwohl gegen sie keinerlei Verfahren im Gange war. Da sie in Ungarn keine Stelle bekommen könne, verlangte sie den Reisepass zurück, um ins Ausland fahren zu können. Die Staatsanwaltschaft gab dem Gesuch statt, und Frau Nagy fuhr mit ihren beiden Söhnen nach Portorose.²⁶ Laut Gerüchte soll sie „an einem vornehmen Badeort die Führung eines kosmetischen Instituts übernehmen“.²⁷

Bezüglich des Vermögens von István Nagy wurde im Zuge der Ermittlungen festgestellt, dass entgegen seiner früheren Behauptungen sein Vermögen von etwa anderthalb Milliarden Kronen zum Hauskauf verwendete, „welche Käufe er, um seine Betroffenheit zu verdecken, in Aktiengesellschaftsform verhüllt durchführte“. Die reihenweise vorgenommenen An- und Verkäufe von Häusern – „die nebenbei durch Steuerhinterziehung auch den Fiskus verkürzten“ – liefen unter Mitwirkung des Rechtsanwalts Jenő Sebestyén sogar noch in den Zeiten nach der Verhaftung von Nagy, bzw. nach Anordnung der Beschlagnahme.²⁸

In den ersten Julitagen 1927 fiel den Nachbarn auf, dass aus der leer stehenden Wohnung von Nagy irgendjemand heimlich wertvolle Sachen – unter anderen Perserteppiche – holt und mitnimmt, obwohl das Gericht die Immobilie und das darin befindliche Mobiliar beschlagnahmt hatte. Detektive fingen an, die Wohnung zu überwachen und konnten feststellen, dass der Schwager von Nagy die Sachen „stibitzt“. Mihály Horváth jun. wurde

verhaftet,²⁹ und es wurde gegen ihn ein Verfahren wegen Verbrechen der Unterschlagung eingeleitet.³⁰

Im Februar 1928 beschloss die Staatsanwaltschaft, Ergänzungsermittlungen aufzunehmen, so kamen die Akten der Sache István Nagy zurück zur Polizei. Nach wiederholtem Studieren der Unterlagen und nach erneuten Zeugenvernehmungen erstellte der königliche Staatsanwalt György Auer die Anklageschrift mit einem Umfang von 196 Seiten.

IV. Eine „Nebenepisode“ der Strafsache

Im Frühling 1927 fand „eine Nebenepisode“ in Sachen István Nagy im Verhandlungssaal des Budapester Strafgerichtshofs statt. Unter den Beschuldigungen stand nämlich, dass István Nagy, Richter am Gerichtshof seiner Bekannten Júlia Lubik „zu großen Einnahmen verhalf, indem er sie beim unter Zwangsvergleich stehenden Unternehmen Erdélyi Pál & Co. protegierte“. Júlia Lubik, die vom königlichen Staatsanwalt übrigens der Beteiligung als Beihilfe beschuldigt wurde, strengte Prozesse gegen Nachrichtenblätter an, die „ihre Freundschaft zu István Nagy zur Sprache brachten“. Nagy erklärte in der Verhandlung, Juci Lubik „war nicht meine Freundin“, er habe sie erst im Zwangsvergleich des Unternehmens Erdélyi kennengelernt, und er habe ihr zu keinerlei rechtswidrigen Vorteilen verholfen.

Inhaber des Unternehmens Erdélyi Pál & Co., Schustermeister und Kaufmann sagte aus, Júlia Lubik sei auf Anweisung von Nagy „mit Prüfungszweck“ zum Unternehmen gekommen. Man habe „sechs Wochen Kündigungszeit vereinbart, und ihr zu Beginn zweieinhalb, später drei Millionen Kronen Gehalt gezahlt, außerdem Mittagessen gewährt“. Er sprach auch darüber, dass das Gehalt der Frau angehoben wurde, weil man ihr nicht widersprechen wollte, „denn wir waren abhängig von ihr, wir wussten Bescheid über ihre gute Beziehung zu István Nagy“.

Das Gericht sprach beide verklagte Journalisten der Verleumdung schuldig.³¹

V. Die Hauptverhandlung

In Sachen István Nagy und Konsorten begannen die Verhandlungen am 21. Mai 1928. Die umfangreiche Anklageschrift der königlichen Staatsanwaltschaft stellte neunzehn Angeklagte vor die Anklagekammer des Budapester königl. Strafgerichtshofs. Nach einer Woche Verhandlungen, am 9. Juni 1928 wurde der Beschluss über die Anklage folgender Personen gefasst:

István Nagy wegen Verbrechens der neunfachen Bestechung, des dreizehnfachen Amtsmissbrauchs, der Urkundenfälschung und der Falschaussage, sowie wegen des Vergehens der Verleitung zur Falschaussage,

Nagy), Pesti Napló (Pester Journal), 20. Nov. 1928, Jg. 79, Nr. 263, S. 15.

²⁵ Nagy István törvényszéki bíró vagyónára bűnügyi zárlatot rendelték el (Beschlagnahme des Vermögens von István Nagy wegen Straftat angeordnet), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 24. April 1927, Jg. 47, Nr. 92, S. 25.

²⁶ Nagy István bíró felesége Portoroséba költözött (Frau des Richters István Nagy nach Portorose gezogen), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 1. Juni 1927, Jg. 47, Nr. 123, S. 10.

²⁷ A letartóztatott Nagy István bíró felesége Olaszországba költözött (Frau des verhafteten Richters István Nagy nach Italien gezogen), Friss Ujság (Frische Zeitung), 1. Juni 1927, Jg. 32, Nr. 123, S. 5.

Frau Nagy zog am Ende der Badesaison nach Triest, dann kehrte sie nach Budapest zurück. Anfang Oktober versuchte sie Selbstmord mit „Morphium und Veronal“.

²⁸ A Nagy István-féle bűnügyben újabb letartóztatás történt (Erneute Festnahme in der Strafsache gegen István Nagy), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 18. Juni 1927, Jg. 47, Nr. 136, S. 13.

²⁹ Mihály Horváth jun. wurde einige Tage später, am 9. Juli freigelassen.

³⁰ Letartóztatták Nagy István sógorát (Schwager von István Nagy verhaftet), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 5. Juli 1927, Jg. 47, Nr. 149, S. 13.

³¹ Ki volt Lubik Júlia protektora? (Wer war der Protektor von Júlia Lubik?) Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 29. März 1928, Jg. 48, Nr. 73, S. 12.

György Gazda wegen dreifacher Bestechung,

Rechtsanwalt Endre Fazakas wegen der Verbrechen der Bestechung, Unterschlagung, Fälschung von Privaturkunden und des Betrugs,

István Bogyó wegen Verbrechens der zweifachen Bestechung,

Vilmos Sellő wegen Verbrechens der Bestechung, Untreue und Unterschlagung, sowie wegen Vergehens der Beihilfe,

Árpád Hódy wegen Verbrechens der zweifachen Bestechung, der zweifachen Fälschung von öffentlichen Urkunden, sowie wegen Vergehens des zweifachen Amtsmissbrauchs und der Verleitung zur Falschaussage,

Rechtsanwalt Elemér Pajzs wegen Beihilfe zum Amtsmissbrauch,

Elemér Huczik wegen Vergehens der Begünstigung,

Rechtsanwalt Jenő Csillag wegen Verbrechens der Bestechung und der Untreue,

Rechtsanwalt Jenő Sebestyén wegen Verbrechens der Urkundenfälschung und wegen Vergehens der Begünstigung,

Rechtsanwalt Béla Szántó wegen Vergehens der Falschaussage,

Rechtsanwalt Sándor Nagy jun. wegen Verbrechens der Bestechung,

Kaufmann Hermann Unger und seine Frau wegen Verbrechens der Bestechung,

Friseur Miksa Grünfeld wegen Verbrechens der Bestechung,

Privatbeamte Rózsi Nemes wegen Verbrechens der Unterschlagung und der Falschaussage,

Privatbeamte Júlia Lubik wegen Verbrechens der Falschaussage.

Das Verfahren gegen die Rechtsanwälte Béla Szilárd und Sándor Rózsa wegen Untreue wurde eingestellt.³²

Die Hauptverhandlung begann am 5. November im Schwurgerichtssaal des Budapester königl. Strafgerichtshofs. Den Vorsitz in der Urteilkammer führte der Richter István Patay.

Nach Verlesen des Tenors der Anklageschrift begann die Vernehmung von István Nagy, der erklärte, nicht schuldig zu sein und gab folgende „Erklärung“ ab: „Seit zwanzig Monaten leide ich ohne Schuld, ich sitze unschuldig im Gefängnis. Diese zwanzig Monate vergingen natürlich nicht spurlos über mir, über meinen Nerven, meinem Körper und meiner Seele. Ich leide an schwerer Neurasthenie. Angesichts dessen bitte ich im Voraus um Entschuldigung, wenn ich während der Hauptverhandlung in einer angespannten Situation meine Ruhe eventuell verlieren würde, einzelne Fragen nicht beantworten

könnte oder mit Worten antworten würde, die der Würde des Gerichtshofs nicht entsprechen.“³³

Danach kam der vorsitzende Richter zu den einzelnen Punkten der Anklage. Im ersten Punkt stand der Prozess zwischen Dezső Hegedűs und der Ungarischen Zentralen Landessparkasse, im Laufe dessen István Nagy am 5. Juli 1924 von dem durch ich bestellten Buchprüfer György Gazda das Überlassen eines Teils des Sachverständigenhonorars forderte. Die Vereinbarung kam zustande, das Sachverständigenhonorar betrug – rechtswidrig – zehn Prozent des Streitwertes. Nagy verteidigte sich damit, dass das Sachverständigenhonorar in Zivilsachen damals noch nicht einwandfrei geregelt gewesen sei, und gemäß Praxis habe man die Sachverständigenhonorare genauso festzulegen gehabt, wie den Tagessatz von Rechtsanwälten.³⁴

In der Zwangsvergleichssache der insolventen Friedrich Siemens Werke AG vereinbarte Richter Nagy am 24. Juni 1926 mit György Gazda, dass er vom „horrend hohen Sachverständigenhonorar“ 75 Millionen Kronen an ihn abtreten werde. Er rief den Vergleichsverwalter József Horseczky an und sagte, er solle 150 Millionen Kronen Vorschuss an György Gazda auszahlen, auch wenn die Festsetzung des Sachverständigenhonorars noch nicht rechtskräftig ist.

Danach kamen die Vergleichsverwaltungskosten zur Sprache, die 1927 für Horseczky in Höhe von 800 Millionen Kronen festgesetzt wurden, und die vom Tafelgericht auf 400 Millionen Kronen herabgesetzt wurden. Nagy begründete die außerordentliche Höhe des Betrags folgendermaßen: In der Sache Siemens betrug der Streitwert 24 Milliarden Kronen und nach den Vorschriften hätte er dem Vergleichsverwalter 10 Prozent anweisen können, aber er habe trotzdem ein niedrigeres Honorar festgesetzt, weil er es für unbillig gehalten habe, dass „eine entwicklungsfähige Institution so hohe Gebühren bezahlen soll“.³⁵

Die dritte Sache im Sündenregister war die Zwangsvergleichssache des Unternehmens Quittner Alfréd & Co. Laut Anklageschrift verlangte und erhielt Richter Nagy 70 Millionen Kronen vom Vergleichsverwalter István Bogyó, und den festgesetzten Betrag bzw. das Buchprüferhonorar wies er auch in diesem Fall unverzüglich an.³⁶ Für den Fall der Nichtzahlung drohte er dem in Zwangsvergleich geratenen Unternehmen mit Konkurs. Nagy behauptete, die Behauptung sei unwahr, er habe keinerlei Zwang angewendet, gegenüber Quittner sei er wohlge-

³² Vád alá helyezték Nagy Istvánt és bűntársait (István Nagy und Konkursorten angeklagt), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 10. Juni 1928, Jg. 48, Nr. 130, S. 14.

³³ Dr. Nagy István törvényszéki bíró és tizenhét társa a vádlottak padján (Dr. István Nagy, Richter am Gerichtshof und 17 seiner Konkursorten auf der Anklagebank), Pesti Hírlap (Pester Nachrichtenblatt), Nov. 6. 1928, Jg. 50, Nr. 251, S. 5.

³⁴ Nagy István törvényszéki bíró a vádlottak padján (István Nagy, Richter am Gerichtshof auf der Anklagebank), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 6. Nov. 1928, Jg. 48, Nr. 251, S. 6.

³⁵ Tudom, de nem mondom meg, hogy kinek a protekciójára neveztem ki Siemensék vagyonfelügyelőjét – jelentette ki Nagy István (Ich weiß, sage es aber nicht, wegen wessen Protektion ich den Vergleichsverwalter für Siemens bestellt habe, erklärte István Nagy), Magyarországi (Ungarn), 6. Nov. 1928, Jg. 35, Nr. 251, S. 2.

³⁶ Nagy István törvényszéki bíró a vádlottak padján (István Nagy, Richter am Gerichtshof auf der Anklagebank), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 6. Nov. 1928, Jg. 48, Nr. 251, S. 6.

sinnt gewesen, und er sei in allem „im Sinne der Gesetze verfahren“.³⁷

An den darauf folgenden Verhandlungstagen wurden die Vergleichsverwalter vernommen. Es kam zur Sprache, dass István Nagy von den Bestechungsgeldern mit Juci Lubik nach Italien gefahren sei. Einer der Angeklagten sagte aus, er habe an Ostern 1926 in Neapel Richter Nagy in Gesellschaft des Oberarztes Iván Tass und Juci Lubik angetroffen. Júlia Lubik habe gemäß Anklage vor dem Disziplinargericht falsch ausgesagt, indem sie behauptete, niemals mit István Nagy in Abbazia (heute Opatija, Kroatien) gewesen zu sein. Ihre Aussage wurde später von Zeugen dementiert. Auf die Frage des Richters antwortete die Frau, sie habe früher „in Angst vor ihrer Mutter“ falsch ausgesagt.³⁸

Der 30. November 1928 war ein „unangenehmer Tag“ für István Nagy. Es tauchte nämlich ein Zeuge, der Kanzlei-beamte Imre Vázsonyi auf, der aussagte, Richter Nagy mit seinem „verhättselten Sachverständigen“ György Gazda gesehen zu haben, als die beiden das Sachverständigenhonorar unter sich aufteilten. Vázsonyi diene vom Januar 1922 bis Ende Oktober 1924 neben István Nagy als Diätar. Er sagte, der Richter und der Buchprüfer seien miteinander „in bester Freundschaft“ gewesen, und Richter Nagy bestellte wenn möglich immer György Gazda als Buchprüfer. Der Zeuge sagte aus gesehen zu haben, als Gazda dem Richter Geld übergab. Vázsonyi berichtete außerdem auch darüber, dass er 1925 einen mit Richter Nagy befreundeten Rechtsanwalt über die unangenehme Sache informierte, dass István Nagy „seinen Richtertalar zum Gelderwerb“ benutzt. Auf die Frage des Gerichtsvorsitzenden Patay erzählte Vázsonyi auch von den Besuchen der Juci Lubik, sowie von den Geschenken des Richters an die Frau (eine silberfarbene Handtasche, Strümpfe, Stoff von Burberry).³⁹

Das Gericht prüfte auch die Glaubwürdigkeit von Vázsonyi, und die in dieser Beziehung vernommenen Zeugen beschrieben ihn als einen wohlwollenden Menschen, aber sie erwähnten auch, dass er nicht immer glaubwürdig, ein „Fantast“ sei, nicht ganz normal, und er möge „aufschneiden“.⁴⁰

In der fortgesetzten Hauptverhandlung am 10. Dezember war Alfréd Quittner der erste Zeuge. „Eines Tages teilte mir Bogýó mit, dass István Nagy das Sachverständigenhonorar auf 150 Millionen festsetzen wolle. Ich war

verblüfft, denn dieser Betrag hätte meine ganzen Aktiven in Anspruch genommen. Bogýó sagte, er würde zum Richter zurückgehen und mit ihm sprechen. Am nächsten Tag kam er zu mir und sagte, der Richter habe das Honorar aus Billigkeitsgründen auf 125 Millionen Kronen herabgesetzt. Auch diesen Betrag hielt ich für zu hoch, denn ich rechnete mit höchstens 30-40 Millionen Kronen. Nachdem ich den Beschluss über 125 Millionen Kronen zugestellt bekommen hatte, erhob ich Einspruch gegen ihn. Daraufhin belehrte er mich, nicht zu vernünfteln [...], denn er könne mir helfen aber auch schaden.“⁴¹

VI. István Nagy auf freien Fuß gesetzt

Nach zweiundzwanzig Monaten Untersuchungshaft wurde István Nagy am 21. Dezember 1928 auf freien Fuß gesetzt. Den Antrag auf Freilassen bereicherte sein Verteidiger auch mit „emotionalen Motiven“. Er sagte, „das ist der letzte Verhandlungstag vor den Feiertagen, und das wäre das zweite Weihnachtsfest, das István Nagy nicht im Kreise seiner kleinen Kinder verbringen dürfte.“⁴² Obwohl der königl. Staatsanwalt György Auer die Abweisung des Antrags verlangte, entschied der Straferichtshof anders und ordnete das Entlassen aus der Haft mit der Auflage an, dass der Angeklagte die Hauptstadt nicht verlassen dürfe.⁴³

Am Verhandlungstag des Straferichtshofs am 31. Dezember gab es mehrere belastende Zeugenaussagen gegen Nagy. Bernát Marbach, ehemaliger Eigentümer des Unternehmens Marbach und Diamant wurde vernommen. István Nagy verhandelte die Zwangsvergleichssache des Unternehmens im Jahr 1925. Marbach erzählte, dass zwischen ihm und seinem Miteigentümer Pál Erdélyi „Reibungen auftraten“. Als er den Richter Nagy um Intervention ersuchte, schickte dieser Juci Lubik als Kassiererin zum Unternehmen. Juci Lubik „traf“ mit einem Empfehlungsbrief von István Nagy „ein“. Bald befreundete sie sich mit Frau Erdélyi, die ihr „Schuhe und einen Pelzmantel schenkte“. Einmal bezahlte Juci Lubik als Kassiererin 840.000 Kronen Privatschulden der Frau Erdélyi und verbuchte den Betrag als „Geschäftsausgaben“.⁴⁴

Im Januar lief das Beweisverfahren weiter, und das Gericht vernahm weitere Zeugen, Schuldner und Gläubiger von Zwangsvergleichssachen, sowie Vergleichsverwalter und Buchprüfer. Der größte Teil der Zeugenaussagen belegte, dass Nagy beim Verfahren in den einzelnen Sachen ungerechtfertigt hohe Honorare festlegte, und diese nachher mit dem Vergleichsverwalter bzw. Buchprüfer teilte. Der Straferichtshof war in einer schwierigen Lage, da ein großer Teil der Zeugen die Übergabe der Gelder mit eigenen Augen nicht sah, sie „hörten nur davon“, „hatten die Impression“, bzw. es gelang ihnen zur Kennt-

³⁷ Dr. Nagy István volt kényszeregyezési bírót kilencrendbeli megvesztegetéssel, tizenháromrendbeli hivatali visszaéléssel, okirathamisításokkal, hamis tanúzásra való rábírással vádolja az ügyészség (Staatsanwaltschaft klagt ehemaligen Zwangsvergleichsrichter Dr. István Nagy der neunfachen Bestechung, des dreizehnfachen Amtsmissbrauchs, Urkundenfälschungen und der Verleitung zur Falschaussage an), Pesti Napló (Pester Journal), 6. Nov. 1928, Jg. 79, Nr. 251, S. 7.

³⁸ Nagy István olaszországi kéjutazásai (Lustreisen des István Nagy nach Italien), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 17. Nov. 1928, Jg. 48, Nr. 261, S. 6.

³⁹ Egy tanú, aki látta, hogy Nagy István osztzkodott a szakértővel (Ein Zeuge, der sah, wie sich István Nagy und der Sachverständige Geld untereinander teilten), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 1. Dez. 1928, Jg. 48, Nr. 273, S. 6.

⁴⁰ Lubik Juci selyemharisnyái (Seidenstrümpfe der Juci Lubik), Friss Ujsag (Frische Zeitung), 1. Dez. 1928, Jg. 33, Nr. 273, S. 7.

⁴¹ Nagy István aránytalan nagy díjakat állapított meg (István Nagy setzte unverhältnismäßig hohe Gebühren fest), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 11. Dez. 1928, Jg. 48, Nr. 280, S. 19.

⁴² Nagy Istvánt szabadlábra helyezték (István Nagy auf freien Fuß gesetzt), Friss Ujsag (Frische Zeitung), 22. Dez. 1928, Jg. 33, Nr. 290, S. 2.

⁴³ A. a. O.

⁴⁴ Terhelő vallomások Nagy István ellen (Belastende Aussagen gegen István Nagy), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 1. Jan. 1929, Jg. 49, Nr. 1, S. 21.

nis, weil es „sich herumsprach“, weil man es „munkelte“. In der Verhandlung am 19. Februar 1929 war dem Gerichtsvorsitzenden Patay die Geduld wahrscheinlich gerissen, als ihm ein Zeuge mit „ich erinnere mich nicht“ antwortete, denn er fragte: „Was ist, warum erinnern Sie sich an nichts, sind Sie vielleicht krank?“ „Ja, ich habe Grippe“, lautete die Antwort. Der Richter entgegnete nur: „Wenn Sie auch Grippe haben, funktioniert Ihr Gehirn trotzdem noch.“ István Nagy betonte ein jedes Mal, er sei ein „ehrlicher Mensch mit reinen Händen“, er leugnete bestochen worden zu sein.

Am 16. Januar 1929 vernahm der Spruchkörper den Staatsanwalt des Landesschutzvereins der Gläubiger, der aussagte, die Festsetzung von außerordentlich hohen Honoraren für Vergleichsverwalter und Buchprüfer sei an und für sich noch keine abstechende Sache, denn in von anderen Richtern verhandelten Fällen komme das auch vor. Er hielt es für gewöhnlich, dass die Schuldner geneigt sind, das Zwangsvergleichsverfahren zu verschleppen, damit die Zahlungspflicht so spät wie möglich eintritt. Das alles sei nicht nur für die von Richter Nagy verhandelten Sachen kennzeichnend.⁴⁵

Das Gericht begann im März mit dem Vernehmen von Richtern und Staatsanwälten, die im Disziplinarverfahren gegen Nagy eine Rolle spielten, bzw. die am Budapester königl. Zivilgerichtshof ähnlich wie Nagy Referenten in Zwangsvergleichssachen waren, und dem Gericht den Verlauf der Zwangsvergleichssachen darstellten. Sie sagten aus, anfangs seien die Vergleichsverwalter von den Richtern bestellt worden. Es sei auch vorgekommen, dass sie „zweimal die gleiche Person zum Vergleichsverwalter bestellten“, aber um ähnlichen Fällen vorzubeugen, „wurde eine Liste mit zehn bis zwölf Rechtsanwälten aufgestellt“. Von dieser Liste sei dann immer der nächste Vergleichsverwalter bestellt worden. Sie stellten eingehend dar, nach welchem Schlüssel und in welchem Verfahren das Honorar für den Vergleichsverwalter festgesetzt wurde. Sie berichteten auch darüber, dass vor Festsetzung des Buchprüferhonorars in gewissen Fällen der Schuldner angehört worden sei, aber manchmal auch nicht.⁴⁶

Am 16. März 1929 verhandelte der Strafgerichtshof den letzten Punkt der Anklage. Demnach soll István Nagy aus der Konkursmasse von Ferenc Steiner eine Salongarnitur ohne Kenntnis der Vergleichsverwalter in seine Wohnung bringen lassen haben. Das Begehen dieser Straftat leugnete Nagy entschlossen. Er gab an, er habe die Garnitur von der Möbelfabrik Fodor für Geld gekauft, nachdem der Konkursverwalter sie möglicherweise der Möbelfabrik verkauft hatte. Vergeblich vernahm das Gericht einen Dutzend Zeugen, es kam nicht wirklich ans Tageslicht, wie die Salongarnitur eigentlich in die Wohnung von István Nagy kam.⁴⁷

Das Gericht vernahm den Untersuchungskommissar der Sache, der erzählte, warum er die Untersuchung im Disziplinarverfahren einstellte und beschloss, die Sache zur Strafanzeige zu bringen. Er habe nämlich festgestellt, dass die Sachen in der Anzeige gegen István Nagy – mit einer Ausnahme – alle Sachen für das Strafericht waren. Er sagte: „Ich war bestrebt, die Vermögensverhältnisse von Nagy im Zuge des Verfahrens zu klären. Ich beobachtete genau seine Wohnung, vernahm ihn über seine Vermögensverhältnisse und nahm seine Aussage zu Protokoll. [...]“

Von den mir zur Verfügung stehenden Angaben konnte ich feststellen, dass Nagy alle 2–4–5 Tage Einlagen in Höhe von 70–100–150–200 Millionen tätigte, insgesamt etwa 900 Millionen Kronen. Das fiel mir natürlich auf, denn ein Richter am Gerichtshof kann von seinem Gehalt so viel Geld nicht sparen, und außerdem geschah das alles im Jahr 1925, in dem man sich auf eine Börsenkonjunktur nicht berufen konnte.

Hinsichtlich der Einlagen stellte ich fest, dass der Zeitpunkt der Aufnahme der Vergleichsverwalter- und Sachverständigenhonorare eine auffallende Übereinstimmung mit dem der Einlagen aufwies. Aus den Unterlagen war auch ersichtlich, dass Nagy auffällig auf die Auszahlung gewisser Vergleichsverwalter- und Sachverständigenhonorare drängte.⁴⁸

Jenő Lukács, Vorsitzender des Budapester königl. Zivilgerichtshofs wurde vom Vorsitzenden des Spruchkörpers über die Bestellung von Vergleichsverwaltern befragt. Anfangs sei es üblich gewesen, sagte Lukács, dass die Richter allein die Vergleichsverwalter bestellten, später geschah das in Einvernehmen mit dem Vorstand. In einer Zwangsvergleichssache erstattete ein Gläubiger Anzeige gegen István Nagy, weil er befangen vorgegangen sei. Obwohl der Vorsitzende des Gerichtshofs keinen Grund für ein Verfahren gegen Nagy sah, erklärte er, „von nun an will ich bei den Bestellungen von Vergleichsverwaltern niemanden vorschlagen“, um sich keiner Verdächtigung auszusetzen.⁴⁹

Nach Abschluss des monatelangen Beweisverfahrens verkündete der Vorsitzende István Patay am 12. April 1929 den Beschluss des Gerichtshofs. Der Beschluss stellte das Verfahren gegen István Nagy wegen Vergehen des mehrfachen Amtsmissbrauchs und wegen Straftat der Verleitung zur Falschaussage, gegen Endre Fazakas wegen Betrug, gegen Árpád Hódy wegen Fälschung öffentlicher Urkunden und gegen Rózsi Nemes wegen Unterschlagung ein.

(Verseckspiel einer Salongarnitur im Labyrinth des Prozesses gegen István Nagy), Magyarország (Ungarn), 17. März 1929, Jg. 36, Nr. 63, S. 9.

⁴⁵ A Nagy István elleni pletykák forrása egy törvényszéki díjnok (Quelle des Geklatsches gegen István Nagy ist ein Diätar am Gerichtshof), Pesti Hírlap (Pester Nachrichtenblatt), 17. Jan. 1929, Jg. 51, Nr. 14, S. 23.

⁴⁸ A vizsgálobiztos terhelő vallomása Nagy István ellen (Belastende Aussage des Untersuchungskommissars gegen István Nagy), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 20. März 1929, Jg. 49, Nr. 65, S. 12.

⁴⁶ A kényszeregyezési bírák gyakorlatáról vallott Nagy István egyik bírótársa (Über Praktiken der Zwangsvergleichsrichter sagte ein Mitrichter von István Nagy aus), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 15. März 1929, Jg. 49, Nr. 62, S. 20.

⁴⁹ A törvényszék elnökének tanúvallomása Nagy István és társai bűnperében (Zeugenaussage des Gerichtshofsvorsitzenden im Strafprozess gegen István Nagy und Konsorten), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 29. März 1929, Jg. 49, Nr. 72, S. 19.

VII. Das Urteil

Die Plädoyers wurden vorgetragen und der Strafgerichtshof beraumte die Urteilsverkündung in Sachen István Nagy und Konsorten nach fünf Monaten Verhandlungen für den 25. April an.

Der vorsitzende Richter, István Patay verkündete folgendes Urteil:

„István Nagy ist des Verbrechens der einfachen, fortgesetzten Bestechung schuldig, weil er Anfang 1925 in der Zwangsvergleichssache Alfréd Quittner & Co. als in der Sache verfahren der Richter, sowie in der Zwangsvergleichssache Friedrich-Siemens ebenfalls als verfahren der Richter vom Sachverständigen Dr. György Gazda 5000 Pengő⁵⁰ und außerdem noch 6000 Pengő als Geschenk annahm. István Nagy ist außerdem des Verbrechens der Unterschlagung im Amte schuldig, weil er in der Konkursache Ferenc Steiner als Konkursrichter in Budapest Mitte Dezember 1924 eine Salongarnitur im Wert von 2000 Pengő unterschlagen und diese zu Gunsten der Konkursmasse nicht hat eintragen lassen, sondern zu eigenen Zwecken verwendet hat. Er ist außerdem schuldig des einfachen Amtsmissbrauchs in Sachen der Außenhandelswarenverkehr AG.

Dr. György Gazda ist schuldig des Verbrechens der einfachen fortgesetzten Bestechung als Gehilfe, weil er mit István Nagy vereinbart hat, wenn er ihn als Sachverständigen bestellt, ihm einen Anteil am Sachverständigenhonorar zukommen zu lassen, und gemäß dieser Vereinbarung hat er István Nagy in zwei Teilen insgesamt 11.600 Pengő übergeben.

Dr. Endre Fazakas ist schuldig des Verbrechens der Unterschlagung und des Verbrechens der Fälschung von öffentlichen Urkunden, weil er als Vergleichsverwalter in einer Zwangsvergleichssache von einem Kaufpreis in Höhe von 12.000 Pengő sich 6400 Pengő widerrechtlich angeeignet hat.“

Der Strafgerichtshof verurteilte István Nagy zu drei Jahren und sechs Monaten Zuchthausstrafe, zu zehn Jahren Amtsverlust und zur Aussetzung des Gebrauchs seiner politischen Rechte, sowie zum Verlust seines getragenen Amtes. Von der Untersuchungshaft wurden einundzwanzig Monate auf die Strafe als verbüßt angerechnet.

György Gazda wurde zu neun Monaten Gefängnisstrafe und zu fünf Jahren Amtsverlust, und Endre Fazakas zu einem Jahr Gefängnis und fünf Jahren Amtsverlust verurteilt. Sowohl bei György Gazda als auch bei Endre Fazakas „betrachtete das Gericht die Strafe durch die Untersuchungshaft als verbüßt“.

István Bogdy, Vilmos Sellő, Árpád Hódy, Elemér Huczik, Jenő Csillag, Jenő Sebestyén, Béla Szántó, Sándor Nagy jun., Miksa Grünfeld, Júlia Lubik und Rózsi Nemes wurden freigesprochen.

VIII. Begründung des Urteils

Gemäß der umfangreichen Urteilsbegründung sei die „innigliche“ Freundschaftsbeziehung zwischen István

Nagy und György Gazda „in der Öffentlichkeit so tief verwurzelt“ gewesen, dass die Rechtsanwälte zu ihrer Bestellung als Vergleichsverwalter die Vermittlungstätigkeit von Gazda in Anspruch nahmen.

István Nagy machte zwischen 1921 und 1924 in Nagymaros (Freistadt), und nach 1925 schon im Ausland „Urlaub mit seiner Familie“. Bis 1924 bewohnte er eine Zweizimmerwohnung, später eine Achtzimmerwohnung, er ließ seine Wohnung für viel Geld umbauen und kaufte teure Möbel, er führte ein kostspieliges Leben, spielte Karten, kaufte Aktien und Häuser.

Das Gerichtsurteil beruhte in gewisser Hinsicht auf Schlussfolgerungen aus den allgemeinen Umständen. In der Hauptverhandlung kam kein unmittelbarer Beweis dafür ans Tageslicht, dass György Gazda dem István Nagy Geld gegeben hätte. György Gazda konnte weder im Laufe des Verfahrens noch in der Hauptverhandlung erklären, wozu er seine Einkünfte aus den Sachverständigenhonoraren verwendet hat, und István Nagy konnte den Ursprung seiner Einlagen in Höhe von 880 Millionen Kronen nicht nachweisen.

Der königl. Staatsanwalt György Auer meldete Berufung zu Ungunsten der verurteilten Angeklagten an, und auch zu Ungunsten der freigesprochenen Angeklagten – mit Ausnahme des Rechtsanwalts Elemér Huczik – meldete er Berufung an, um sie verurteilen zu lassen. Die freigesprochenen Angeklagten und ihre Verteidiger nahmen das Urteil natürlich mit Beruhigung zur Kenntnis.⁵¹

IX. Das Verfahren in der zweiten Instanz

Im zweitinstanzlichen Verfahren sprach das Budapester königl. Tafelgericht am 28. Januar 1930 Urteil. Die Strafe für István Nagy setzte es in drei Jahren Zuchthaus und tausend Pengő Geldstrafe fest, und die erstinstanzlichen Nebenstrafen bestätigte es. Die neun Monate Gefängnisstrafe für György Gazda bestätigte es ebenfalls, und die Strafe für Endre Fazakas setzte es auf fünf Monate Zuchthaus und 500 Pengő Geldstrafe herunter. Das Tafelgericht bestätigte den Freispruch der anderen Angeklagten der Strafsache.

Die Kurie (der Oberste Gerichtshof) verkündete das rechtskräftige Urteil am 28. Oktober 1930. Gemäß Urteil wurde die Strafe für István Nagy auf vier Jahre Zuchthaus erhöht, und das zweitinstanzliche Urteil des Budapester königl. Tafelgerichts bestätigt.

Nach der Urteilsverkündung wurde István Nagy „zusammen mit dem gewöhnlichen Bescheid“ der königlichen Staatsanwaltschaft übergeben, dann am 5. Dezember in der Haftanstalt ins Stammbuch eingetragen, wo er mit dem Verbüßen seiner Freiheitsstrafe begann,⁵² später wurde er ins Zuchthaus zu Vác (Waitzen) überführt.

⁵⁰ Der Pengő („klingende Münze“) war vom 1. Januar 1927 bis zum 31. Juli 1946 die Währung Ungarns.

⁵¹ Nagy István negyedféltévi fegyházra ítélték (István Nagy zu dreieinhalb Jahre Zuchthaus verurteilt), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 5. Mai 1929, Jg. 49, Nr. 101, S. 6.

⁵² Nagy István előtt kihirdették a Kúria jogerős ítéletét (Rechtskräftiges Urteil der Kurie vor István Nagy verkündet), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 6. Dez. 1930, Jg. 50, Nr. 279, S. 5.

X. Die Tätigkeit von István Nagy nach seiner Entlassung

István Nagy wurde am 5. März 1933 aus der Strafanstalt zu Vác entlassen. Kurz nach seiner Entlassung stand er erneut vor Gericht, denn die Budapester königl. Staatsanwaltschaft beschuldigte ihn des Verbrechens des dreifachen Betrugs. Laut Anklageschrift schädigte er seinen Kompagnon namens Jenő Stern, mit dem er gemeinsam ein Unternehmen gründete, sie mieteten ein Kino. Außerdem nahm er von zwei Hauseigentümern Vorschuss unter dem Vorwand Schätzungskosten auf, aber er konnte die Hypotheken doch nicht erwirken. Der Budapester königl. Strafgerichtshof als erste Instanz sprach den Angeklagten einerseits in Ermangelung einer Straftat frei, andererseits in Ermangelung von Beweisen.⁵³

Einige Monate später, im Oktober 1933 stand Nagy erneut vor dem Strafgerichtshof. Diesmal wurde er des Wuchers und der Unterschlagung beschuldigt, da er als einer der Eigentümer des Handelsunternehmens Orion einem dort beschäftigten Ingenieur zwanzig Pengő für fünf Pfandscheine lieh, und dafür monatlich vier Pengő Zinsen und acht Pengő Kosten verrechnete. Nagy leugnete den Wucher, aber der Staatsanwalt lenkte die Aufmerksamkeit des Gerichts auf die Tatsache, dass gegen den Angeklagten sechs ähnliche Verfahren im Gange sind. Der ehemalige Richter am Gerichtshof wurde zu zehn Tagen Zuchthaus, hundert Pengő Geldstrafe und zur Aussetzung seiner politischen Rechte auf ein Jahr verurteilt.⁵⁴

Das Jahr 1933 verlief für István Nagy weiterhin sehr bewegt, denn wir treffen ihn einen Monat später wieder im Verhandlungssaal an. Der Ingenieur, der ihn wegen Wuchers anzeigte, setzte eine ganze Lawine von Anzeigen ins Rollen. Nagy hatte ein Büro in der Hársfa Straße, das sich mit Abwicklung verschiedener Geschäfte beschäftigte. Zwei Hausmeister von seinen Klienten zeigten ihn an, weil er ihnen eine Stelle versprach, für die Vermittlung Geld von ihnen verlangte und übernahm, aber die Stelle verschaffte er ihnen nicht. Mehrere Menschen beschuldigten ihn, er habe von ihnen als „Informationskosten“ für ein Darlehen übernommen, und nachher das Darlehen doch nicht gewährt. Die Beschädigten waren der Meinung, er habe sich überhaupt nicht informiert, nur das Geld in die Tasche gesteckt.

Nagy leugnete seine Schuld in allen Fällen und bezeichnete die Beschuldigungen als unbegründet. Die Beschul-

digten sagten aber belastend aus, und da gegen ihn wegen anderer Sachen weitere Verfahren im Gange waren, wurde er von der Polizei verhaftet.⁵⁵

Aber die enge Beziehung zwischen Nagy und der Kriminalität endete damit noch lange nicht.

Im Sommer 1935 „nahm die Polizeihauptmannschaft Ermittlungen in einer interessanten Sache wegen Unterschlagung von Kautions auf“, in der acht Anzeigen gegen Nagy erstattet wurden. Die Detektive konnten ihn aber nicht stellen, denn er war entflohen. Deshalb ordnete die Polizei gegen ihn eine Fahndung an. Am 16. Oktober 1935 hatte der Budapester königl. Strafgerichtshof die Sache István Nagy und Ehefrau Juci Lubik verhandelt, beide waren des Verbrechens und des Vergehens des Betrugs beschuldigt. Zur Verhandlung lud das Gericht fast hundert Zeugen, aber weder die Angeklagten noch die meisten Zeugen sind erschienen. Der Gerichtshof ordnete den Erlass eines Ermittlungsbrieves gegen István Nagy und Juci Lubik an, und musste die Verhandlung vertagen.

Den ehemaligen Richter am Gerichtshof fand man Anfang November in Wien auf, wo er unter dem Decknamen Ferenc Róna mit seiner Frau lebte.⁵⁶ Er wurde verhaftet und nach dem Auslieferungsverfahren nach Budapest überführt. Der Gerichtshof hatte seine Sache am 24. März 1936 verhandelt, aber der Richter stellte fest, dass gegen Nagy mehrere Strafverfahren anhängig sind, in denen das Urteil nicht vom Einzelrichter, sondern von einer Dreierkammer zu sprechen ist. Der Richter fasste den Beschluss, alle Unterlagen zur entsprechenden Beurteilung an die Dreierkammer zu verweisen. Der „in Zivilkleidung“ Angeklagte wurde vom Gefängnisaufseher in seine Zelle zurückbegleitet.⁵⁷ Das Urteil in dieser Sache wurde am 23. September gesprochen, das Gericht verhängte über István Nagy zwei Jahre und drei Monate Gefängnisstrafe.⁵⁸

⁵⁵ Nagy István bírót újra letartóztatták (Richter István Nagy erneut verhaftet), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 21. Nov. 1933, Jg. 53, Nr. 264, S. 9.

⁵⁶ Rabtörzskönyv 1937 (Gefangenenstammbuch). HU BFL – VII.101.d – rab.IV – 3698, Fogolytörzskönyvek és -nyilvántartások (Häftlingsstammbücher und -register), VII.101.d – A jogszolgáltatás területi szervei. (Regionale Justizorganisationen) Budapesti Királyi Országos Gyűjtőfőház (1947-től Budapesti Országos Büntetőintézet, 1951-től Budapesti Országos Börtön) iratai (Schriften des Budapester Königlichen Sammelgefängnisses [von 1947 Budapester Landesstrafanstalt, von 1951 Budapester Landesgefängnis])

⁵⁷ Nagy István volt bírót rabdarócba a törvényszék előtt (Ehemaliger Richter István Nagy im Gefängenzwilling vor dem Gerichtshof), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 25. März 1936, Jg. 56, Nr. 71, S. 10.

⁵⁸ Börtönre ítélték Nagy István volt bírót (Ehemaliger Richter István Nagy zum Gefängnis verurteilt), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 24. Sept. 1936, Jg. 56, Nr. 218, S. 8.

⁵³ Nagy István volt bírót felmentették az újabb vádak alól (Ehemaliger Richter István Nagy von neueren Anklagen freigesprochen), Budapesti Hírlap (Budapester Nachrichtenblatt), 24. Aug. 1933, Jg. 53, Nr. 192, S. 7.

⁵⁴ A volt bírót megint elítélték (Ehemaliger Richter erneut verurteilt), Népszava (Volksstimme), 24. Okt. 1933, Jg. 61, Nr. 243, S. 10.

Transformation als Aushandlungsprozess: Die Entstehung eines Konkursgesetzes in der Tschechischen Republik der 1990er Jahre

Eva Schöffler

I. Einleitung

In einer Marktwirtschaft regeln Konkursgesetze¹ die geordnete Liquidation eines dauerhaft insolventen Unternehmens, so dass nichtwettbewerbsfähige Firmen vom Markt verschwinden und Platz für erfolgreichere Bewerber machen. Außerdem beinhalten Konkursgesetze zu meist temporäre Schutzmechanismen, die es einem noch existenzfähigen Betrieb mit Zahlungsschwierigkeiten erlauben, seine Finanzen zu ordnen und danach wieder profitabel zu wirtschaften.² Welche Funktionen und speziellen Eigenschaften haben Konkursgesetze aber in einem Land, das sich im Übergang von der Plan- zur Marktwirtschaft befindet? Welche historischen Voraussetzungen und wirtschafts- und sozialpolitischen Überlegungen prägen hier die Art und Weise, wie Konkurse gesetzlich geregelt werden? Und: Wie werden diese gesetzlichen Regelungen im gesellschaftlichen, insbesondere im medialen Diskurs wahrgenommen?

Mit diesen Fragen beschäftigt sich der vorliegende Aufsatz am Beispiel der Tschechoslowakei bzw. der Tschechischen Republik in den frühen 1990er Jahren, wobei sich die Ausführungen auf den tschechischen Entwicklungsweg konzentrieren. Dies gilt zum einen für die Phase vor 1993, als die Tschechische Republik noch ein Teil der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik (ČSFR/Česká a Slovenská Federativní Republika) war, aber bereits – zusätzlich zu den föderalen Institutionen – über eine eigene Regierung sowie über eigene ministeriale Strukturen verfügte. Dies gilt zum anderen für die Zeit nach der Auflösung der Föderation, welche auf oberster politischer Ebene verhandelt und ohne die direkte Beteiligung der Bevölkerung durch ein Referendum o. ä. beschlossen wurde. Da sich die Trennung des

gemeinsamen Staates aber ohne größere Konflikte oder problematische Nachwirkungen vollzog, wurde und wird sie – auch in Anlehnung an die ‚Samtene Revolution‘ – als ‚Samtene Scheidung‘ bezeichnet.³

Die Entstehung des tschechischen Konkursgesetzes zu analysieren, ist alleine schon deshalb lohnenswert, weil dieser Prozess von zahlreichen Kontroversen und Befürchtungen begleitet wurde. Eine zeitgenössische Einschätzung lautete gar, dass das Konkursgesetz mehr Ängste ausgelöst habe als jedes andere nach dem Ende des Staatssozialismus verabschiedete Gesetz.⁴ Die Vermeidung bzw. die Bekämpfung der Insolvenz gilt außerdem als eine der größten Herausforderungen, der sich tschechische Betriebe bei der Anpassung an marktwirtschaftliche Verhältnisse stellen mussten.⁵ Grundsätzlich bietet die Auseinandersetzung mit der Regelung von Konkursen die Möglichkeit, einen aus historischer Perspektive bislang kaum erforschten Unterbereich der wirtschaftlichen Transformation in Tschechien näher zu beleuchten.⁶ Des Weiteren lässt sich anhand des Themas die Kluft zwischen der marktliberalen, auf eine ‚shock therapy‘ abzielenden Rhetorik und der gemäßigten, auch soziale Belange berücksichtigenden Politik veranschaulichen, welche ein wichtiges Charakteristikum des tschechischen Transformationsprozesses ist.⁷

In den Blick genommen wird der Weg zum Konkursgesetz sowohl aus einer politisch-gesetzgeberischen, einer ökonomischen wie auch aus einer medial-gesellschaftli-

¹ Bekanntermaßen entspricht die Bezeichnung ‚Konkurs‘ nicht dem aktuellen (juristischen) Sprachgebrauch in Deutschland. Da dieser Aufsatz aber die Gesetzeslage in der Tschechoslowakei bzw. in der Tschechischen Republik in den frühen 1990er Jahren behandelt, orientieren sich die Ausführungen an der zeitgenössischen Terminologie (Zákon o konkursu a vyrovnání/Gesetz über den Konkurs und den Ausgleich).

² Die Funktion von Konkursen bzw. Konkursgesetzen wird von den verschiedensten wissenschaftlichen Disziplinen erforscht (einen Schwerpunkt bilden wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Betrachtungen). Da dieser Aufsatz in erster Linie geschichtswissenschaftlich orientiert ist, werden hier nur beispielhaft einige relevante, sich hauptsächlich auf Europa beziehende Sammelwerke aus eben dieser Disziplin angeführt, wobei auffällt, dass diese Werke häufig einen eher unternehmensgeschichtlichen Schwerpunkt haben und kaum Fallstudien zur jüngeren Zeitgeschichte enthalten: Ingo Köhler/Roman Rossfeld (Hrsg.), Pleitiers und Bankrotteure. Geschichte des ökonomischen Scheiterns vom 18. bis 20. Jahrhundert, Frankfurt 2012; Thomas Max Safley, The History of Bankruptcy. Economic, Social and Cultural Implications in Early Modern Europe, Hoboken 2013; Albrecht Cordes/Margrit Schulte Beerbühl (Hrsg.), Dealing with economic failure. Between norm and practice (15th to 21st century), New York 2016.

³ Einführend zur Auflösung der ČSFR vgl. z. B.: Karel Vodička, Die Teilung der Tschechoslowakei, in: Österreichische Osthefte 46 (2004), H. 1–2, S. 5–20.

⁴ Ekonom, Obávany zákon nastupuje, 22.04.93, S. 71.

⁵ Robert Holman, Transformace české ekonomiky v komparaci s dalšími zeměmi střední Evropy, Prag 2000, S. 66.

⁶ Da es zum Thema Konkurse in der Tschechischen Republik der frühen 1990er Jahre keine einschlägigen geschichtswissenschaftlichen Werke gibt, wird hier auf eine ausufernde Nennung einzelner Titel, die Teilaspekte des Themas abdecken, verzichtet. Verweise zu diesen Titeln (darunter auch wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Studien) finden sich jedoch in den folgenden Kapiteln.

⁷ Vgl. hierzu (in strenger Auswahl): Jiří Havel et al., Economics and System Change in Czechoslovakia, 1945–1992, in: Hans-Jürgen Wagner (Hrsg.), Economic Thought in Communist and Post-Communist Europe, London/New York 1998, S. 213–263, hier S. 247 u. 249; Jiří Kosta, Die Transformation des Wirtschaftssystems in der Tschechoslowakei und den beiden Nachfolgestaaten, in: August Pradetto (Hrsg.), Die Rekonstruktion Ostmitteleuropas. Politik, Wirtschaft und Gesellschaft im Umbruch, Opladen 1994, S. 157–187, hier S. 180; Mitchell A. Orenstein, Out of the Red. Building Capitalism and Democracy in Postcommunist Europe, Ann Arbor 2001, S. 62 f. u. 71 f.; Martin Myant, The Rise and Fall of Czech Capitalism. Economic Development in the Czech Republic since 1989, Cheltenham 2003, S. 264; Ivan T. Berend, From the Soviet Bloc to the European Union. The Economic and Social Transformation of Central and Eastern Europe since 1973, Cambridge 2009, S. 63.

chen Perspektive. Ehe der komplexe Entstehungsprozess des Zákon č. 122/1993 analysiert wird, wird überblicksartig erläutert, welche Rolle Schulden in der tschechoslowakischen Wirtschaft vor und nach 1989/90 spielten. Außerdem werden die Ursachen für die Insolvenzproblematik in den frühen 1990er Jahren zusammengefasst. Ein Ausgangspunkt für die Erläuterungen sind sowohl zeitgenössische als auch mit einigem zeitlichen Abstand verfasste ökonomische Analysen.⁸ Weitere grundlegende Informationen sowie Impulse für Interpretationen liefern sozial- und geschichtswissenschaftliche Betrachtungen, welche das Thema Konkurse jedoch nicht schwerpunktmäßig behandeln.

Das Quellenfundament⁹ bilden ca. 70 Presseartikel aus den Jahren 1991 bis 1993.¹⁰ Diese gewähren nicht nur einen Einblick in den genauen Ablauf der Entstehung des Konkursgesetzes, sondern auch in die politischen und zum Teil auch wissenschaftlichen Diskussionen, die in diesem Zusammenhang eine Rolle spielten. Die Verwendung einer Reihe von Zeitungen, die ein breites politisches Spektrum abbilden, ermöglicht es außerdem, verschiedene mediale und gesellschaftliche Perspektiven zu berücksichtigen. Die Spannweite reicht von den am alten kommunistischen System „hängenden“ Haló Noviny oder der Boulevardzeitung Mladá Fronta Dnes, über Mitte-rechts orientierte Tageszeitungen wie den Český Deník, den Metropolitní Telegraf oder die Lidové Noviny, bis hin zu auf Wirtschaftsthemen spezialisierten Blättern wie den Hospodářské Noviny oder der Wochenzeitung Ekonom, die größtenteils marktliberale Positionen vertreten.¹¹

⁸ Zeitgenössischen Studien können sowohl als Forschungsliteratur als auch als Quelle genutzt werden: Sie ermöglichen zum einen, das Thema Insolvenz bzw. Konkurse aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Perspektive einzuordnen. Zum anderen beinhalten sie Fakten und Daten und erlauben auch Rückschlüsse auf die damaligen politischen und wissenschaftlichen Diskurse zu diesem Thema. Einen hybriden Charakter haben ebenso viele der in der Rückschau verfassten Werke. Nicht wenige tschechische Ökonomen, die die wirtschaftliche Transformation im Nachhinein analysierten, waren einige Jahre zuvor noch in deren Durchführung involviert oder nahmen zumindest am diesbezüglichen politisch-wissenschaftlichen Diskurs teil. Die in diesem Aufsatz zitierten Ökonomen Aleš Bulíř, Robert Holman und Jan Švejnar waren beispielsweise in den frühen 1990er Jahren sowohl im universitären Bereich als auch als Berater staatlicher Institutionen tätig. Auch der gelehrte Wirtschaftswissenschaftler Karel Dyba ging, parallel zu seiner Tätigkeit als Wirtschaftsminister, einer Publikationstätigkeit nach.

⁹ Die gesetzliche Schutzfrist – in der Regel 30 Jahre – verunmöglicht bzw. erschwert es momentan noch archivalische Quellen aus den frühen 1990er Jahren heranzuziehen. Es hat sich jedoch gezeigt, dass alleine die Recherchen nach und die Auswertung von gedruckten Quellen einen reichen Informationsfundus eröffnen, der in der bisher publizierten Literatur nur vereinzelt genutzt wird.

¹⁰ Diese Zeitungsartikel wurden mithilfe eines umfangreichen Pressespiegels recherchiert, den das tschechische Zentrum für Kuponprivatisierung (Centrum kuponové privatizace) erstellt hat und der als bislang nicht bzw. nur teilweise erschlossener Bestand im tschechischen Nationalarchiv verwahrt wird. In diesem Pressespiegel wurden Artikel ohne die Angabe von Seitenzahlen gesammelt, weshalb diese Angabe auch in diesem Aufsatz fehlt. Jedoch ermöglicht die Nennung des genauen Erscheinungsdatums der Ausgabe sowie des Beitragstitels ein Wiederauffinden der zitierten Quellen.

¹¹ Einen Überblick über die tschechische Presselandschaft in den frühen 1990er Jahren bieten: Petr Bednařík/Jan Jiráček/Barbara Spitzová Köpplová, *Dějiny českých médií. Od počátku do současnosti*, Praha 2011, S. 365–382.

II. Schulden vor und nach 1989/90

1. Schulden vor 1989/90

Die makroökonomische Lage in der späten ČSSR war, zumindest im Vergleich mit anderen sozialistischen Ländern in der Region, weitgehend stabil. Obwohl die Zentralverwaltungswirtschaft gravierende wirtschaftliche Strukturprobleme geschaffen hatte, die sich zum Ende der 1980er Jahre immer weiter vertieften, war die Inflationsrate gering, die Handelsbilanz positiv und der Staatshaushalt ausgeglichen.¹² Kennzeichnend für die letzten Jahre der ČSSR war aber auch, dass sich die wirtschaftspolitische Reformbereitschaft – ähnlich wie in der DDR – auf einem eher niedrigen Level bewegte¹³, während Länder wie Ungarn oder Polen schon seit längerer Zeit Maßnahmen zur Liberalisierung der Planwirtschaft ergriffen.¹⁴

Ein Sonderfall war die ČSSR auch in Sachen Auslandsverschuldung, die als einer der zentralen Faktoren gilt, der zum Untergang der ostmitteleuropäischen Staatssozialismen beitrug und der auch über das Ende der kommunistischen Herrschaft hinaus die ökonomischen Verhältnisse prägte.¹⁵ Bis zum Ende des Jahres 1989 hatte die Tschechoslowakei lediglich eine Summe von 5,8 Milliarden Dollar an Verbindlichkeiten gegenüber anderen Ländern angehäuft, was einer Pro-Kopf-Verschuldung von 400 US-Dollar entsprach. In Ungarn betrug die Gesamtsumme der Auslandsschulden hingegen 19,5 Milliarden US-Dollar (= 1.800 US-Dollar per capita) und in Polen 36,5 Milliarden Dollar (= 900 US-Dollar per capita).¹⁶

Jedoch gab es im Staatssozialismus nicht nur das Phänomen der ausländischen, sondern auch das der inländischen Verschuldung – und diese spielte in der Tschechoslowakei eine durchaus gravierende Rolle. Von Bedeutung waren in diesem Zusammenhang Verbindlichkeiten, die staatseigene Betriebe bei den Banken hatten.¹⁷ Die Summe dieser Schulden war zwischen den Jahren 1985 und

¹² Einen Überblick über die zwiespältige wirtschaftliche Situation in der ČSSR am Ende der 1980er Jahre bietet: Libor Židek, *Transformace české ekonomiky: 1989–2004*, Prag 2006, S. 1–23.

¹³ Vereinzelte Reformschritte, beispielsweise im Hinblick auf die Möglichkeit, als privater Unternehmer tätig zu werden, gab es aber auch in der späten ČSSR: Ab 1988 gestattete zum Beispiel das Zákon č. 88/1988 Sb. (Zákon o státním podniku/Gesetz über den Staatsbetrieb) den privaten Betrieb von Restaurant, Bars und Geschäften.

¹⁴ Einen Überblick über die (spät-)sozialistischen Wirtschaftsreformen, unter anderem in Ostmitteleuropa, bieten: Martin Myant/Jan Drahokoupil, *Transition economies. Political economy in Russia, Eastern Europe, and Central Asia*, Hoboken 2011, S. 33–46.

¹⁵ Nähere Informationen zur externen „Verschuldungsneigung“ der sozialistischen Staaten liefert z. B. János Kornai, *Das sozialistische System: die politische Ökonomie des Kommunismus*, Köln 1995, S. 391–396.

¹⁶ Schuldenhöhe gemäß den Angaben der Wirtschaftskommission für Europa der Vereinten Nationen (UNECE), zit. nach: David Begg, *Economic Reform in Czechoslovakia: Should We Believe in Santa Klaus?*, in: *Economic Policy* 6 (1991), H. 13, S. 243–286, hier S. 248.

¹⁷ Berücksichtigt werden muss in diesem Zusammenhang, dass die Verschuldung eines Betriebes in einer Planwirtschaft deutlich weniger Aussagekraft über seine bisherige Leistung bzw. zukünftige Leistungsfähigkeit hat als in einer Marktwirtschaft (ebenso wenig, wie z. B. Preise in einem sozialistischen Wirtschaftssystem ein Indikator dafür sind, wie knapp bzw. wie begehrt ein bestimmtes Gut ist).

1989 auf etwa 524,3 Milliarden Kronen – das entsprach etwa 90 % des Bruttoinlandsprodukts von 1989¹⁸ – angewachsen. Viele dieser Kredite waren de facto notleidende Kredite, die die Banken auf Weisung des Staates an die Unternehmen vergeben hatten und bei denen es so gut wie keine Aussicht auf Rückzahlung gab.¹⁹ Außerdem verliehen Banken während der Zeit des Staatssozialismus auch Geld an private Haushalte (zwischen 1985 und 1989 etwa 42,1 Milliarden Kronen). Ein weiterer wichtiger Posten bei den Inlandschulden waren wechselseitige Zahlungsrückstände zwischen den Betrieben, welche im Zeitraum von 1985 bis 1989 auf eine Summe von 25 Milliarden Kronen angewachsen waren.²⁰

2. Schulden nach 1989/90

Auch nach dem Ende der sozialistischen Herrschaft blieb die tschechoslowakische Auslandsverschuldung weitgehend unproblematisch. Während der Transformationsprozess in den Nachbarländern Polen und Ungarn durch hohe Auslandsschulden behindert wurde²¹, hatte die Tschechische und Slowakische Föderative Republik in dieser Hinsicht vergleichsweise gute Startbedingungen. Ende 1990 hatte man einen Schuldenstand von 8,1 Milliarden US-Dollar erreicht, der im Laufe des Jahres 1991 auf 9,4 Milliarden US-Dollar und im ersten Halbjahr 1992 auf 9,8 Milliarden US-Dollar anwuchs. Gleichzeitig gelang es aber die Devisenreserven aufzustocken: von 1,2 Milliarden US-Dollar Ende 1990 auf 3,3 Milliarden US-Dollar im Folgejahr.²² Im weiteren Verlauf der 1990er Jahre gingen die Auslandsschulden dann kontinuierlich zurück.²³

Die inländische Verschuldung spielte hingegen eine weit aus kritischere Rolle bei der Transformation der tschechoslowakischen Wirtschaft. Von Bedeutung waren in diesem Zusammenhang sowohl Schulden, die sich im Zuge der Umstellung zur Marktwirtschaft anhäuften, als

auch Schulden, die noch im planwirtschaftlichen System entstanden waren. Die Bedeutung, die diese ‚alten‘ Schulden im ökonomischen Gesamtgefüge hatten, änderte sich jedoch. Eine Folge der Transformation war nämlich, dass viele Unternehmen, die vor der Samtenen Revolution noch mehr oder weniger erfolgreich gewirtschaftet hatten, kaum mehr profitabel waren – unter anderem auf Grund fehlender Absatzmärkte nach dem Zusammenbruch des RGW sowie in globaler Perspektive nur noch bedingt konkurrenzfähiger Produkte.²⁴ Folglich waren die Betriebe auch nicht mehr in der Lage, die Kredite, die sie schon vor längerer Zeit aufgenommen hatten, zurückzuzahlen, so dass die Portfolios der Banken durch immer mehr notleidende Kredite belastet waren.²⁵ Auch die nach dem Systemwechsel an Unternehmen vergebenen Kredite waren ein problematischer Posten im Portfolio der Banken: Den geringsten Anteil daran hatten Staatsunternehmen, deren Verschuldung in den Jahren 1990 und 1991 zwischen 550.000 und 600.000 Milliarden Kronen schwankte – was logisch ist, da der Privatisierungsprozess eben in diesen Jahren eingeleitet wurde und damit die Bedeutung der Staatsbetriebe abnahm.²⁶

Prinzipiell erfolgte der Privatisierungsprozess in mehreren Schritten²⁷: Den ersten Schritt bildete die Restitution, welche – sofern bestimmte gesetzlich festgelegte Voraussetzungen erfüllt waren – die Rückgabe von Vermögen an Eigentümer ermöglichte, die im Zuge der nach 1948 vorgenommenen Verstaatlichungen enteignet worden waren. Als zweiter Schritt folgte die Privatisierung kleiner und mittlerer Betriebe; eine wichtige Rolle spielten hier öffentliche Versteigerungen. Die Privatisierung großer Betriebe, welche u. a. mittels Kupons durchgeführt wurde, war dann der dritte Schritt. Gegen eine geringe Gebühr konnten tschechische Staatsbürgerinnen und Staatsbürger Kupons erwerben, welche sie im Rahmen eines komplizierten Bietverfahrens in Anteile an ehemaligen Staatsunternehmen eintauschen konnten (eine erste „Welle“ der Kuponprivatisierung fand 1992/1993 statt, eine zweite 1993/1994).

Grundsätzlich hatte die Regierung angekündigt, die Entstaatlichung möglichst schnell und umfassend durchfüh-

¹⁸ Laut dem Tschechoslowakischen Föderalen Amt für Statistik betrug das nominale BIP im Jahr 1989 ca. 581,2 Milliarden Kronen, zit. nach Kristýna Vltavská/Jaroslav Sixta, A Historical View on the Development of Czech Economy from 1970, in: Prague Economic Papers 24 (2015) H. 1, S. 105–122, hier S. 121.

¹⁹ Michele Balfour/Cameron Crise, A Privatization Test: The Czech Republic, Slovakia and Poland, in: Fordham International Law Journal 17 (1993) H. 1, S. 84–125, hier S. 109.

²⁰ Schuldenhöhen entsprechend den Angaben des Tschechoslowakischen Föderalen Amtes für Statistik, des Tschechischen Amtes für Statistik sowie der Tschechoslowakischen Zentralbank, zit. nach Karel Dyba/Jan Švejnar, Stabilization and Transition in Czechoslovakia, in: Olivier Jean Blanchard/Kenneth A. Froot/Jeffrey D. Sachs (Hrsg.), The Transition in Eastern Europe, Volume 1, Chicago 1994, S. 93–122, hier S. 101.

²¹ Zu den Auswirkungen und dem Umgang mit der Auslandsverschuldung in Polen und Ungarn vgl. einführend: Dorothee Bohle/Béla Greskovits, Capitalist Diversity on Europe's Periphery, Ithaca 2012, S. 142–144.

²² Auslandsschulden entsprechend den Angaben des Tschechoslowakischen Föderalen Amtes für Statistik, des Tschechischen Amtes für Statistik sowie der Tschechoslowakischen Zentralbank, zit. nach Dyba/Švejnar, Stabilization and Transition in Czechoslovakia (wie Anm. 20), S. 102 f.

²³ Nach der Auflösung der ČSFR im Jahr 1993 bezifferte das tschechische Finanzministerium die tschechischen Auslandsschulden auf 72,4 Milliarden Kronen (ca. 8,7 Milliarden US-Dollar). 1999 lag der Wert bei 21,2 Milliarden Kronen (ca. 2,5 Milliarden US-Dollar) (<https://www.mfcr.cz/cs/verejny-sektor/rizeni-statniho-dluhu/dluhova-statistika/struktura-a-vyvoj-statniho-dluhu>, 16.10.18).

²⁴ Ausführlicher zu den Absatzschwierigkeiten der Unternehmen vgl. Židek, Transformace české ekonomiky (wie Anm. 12), S. 108 f., 135 f.

²⁵ Karla Brom/Mitchell Orenstein, The Privatized Sector in the Czech Republic: Government and Bank Control in a Transitional Economy, in: Europe-Asia Studies 46 (1994) H. 6, S. 893–928, hier S. 900 f.

²⁶ Der Beitrag des Privatsektors zum tschechoslowakischen bzw. tschechischen Bruttosozialprodukt stieg von etwa 4 % Ende 1989 auf 60 % im Januar 1994 (Kosta, Die Transformation des Wirtschaftssystems (wie Anm. 7), S. 171).

²⁷ Analysen des Privatisierungsprozesses finden sich bei einer Reihe von Autoren. Um die Zugänglichkeit für möglichst viele Interessierte zu ermöglichen, werden im Folgenden nur deutsch- und englischsprachige Publikationen genannt (in strenger Auswahl). Eher wirtschaftswissenschaftlich fokussiert sind: Kosta, Die Transformation des Wirtschaftssystems (wie Anm. 7); Josef Kotrba, Privatization Process in the Czech Republic: Players and Winners, in: Jan Švejnar (Hrsg.), The Czech Republic and Economic Transition in Eastern Europe, San Diego 1995, S. 159–198; Michal Mejstřík (Hrsg.), The Privatization Process in East-Central Europe. Evolutionary Process of Czech Privatizations, Dordrecht 1997. Eher politik- bzw. geschichtswissenschaftlich orientierte, auch andere Länder der Region einbeziehende Perspektiven bieten: Orenstein, Out of the Red (wie Anm. 7), S. 96–127; Berend, From the Soviet Bloc (wie Anm. 7), S. 57–64.

ren zu wollen, was aber nur bedingt gelang. Zum einen war die Privatisierung ein Konfliktthema auf politischer und gesellschaftlicher Ebene, zum anderen verlief der Prozess in der Praxis weniger reibungslos als geplant. Neben der ‚Verfälschung‘ von Banken, Investmentfonds und Unternehmen war z. B. die in diesem Aufsatz behandelte Insolvenzproblematik ein wichtiger Hemmfaktor.

Diese Insolvenzproblematik entstand u. a. dadurch, dass die Menge der Kredite, die an Privatunternehmen vergeben wurde, zu Beginn der 1990er Jahre stark anstieg: Anfang des Jahres 1990 hatten Geldinstitute 9,3 Milliarden Kronen an Geschäftsleute verliehen, gegen Ende desselben Jahres lag dieser Wert bereits bei 71,4 Milliarden Kronen und hatte zur Jahresmitte 1991 125,7 Milliarden Kronen erreicht (das Bruttoinlandsprodukt des Gesamtjahres betrug mit 977,8 Milliarden Kronen weniger als das Zehnfache²⁸).²⁹ Hintergrund dieser Entwicklung war, dass einheimische Geschäftsleute nicht über ausreichend Kapital verfügten³⁰, da es im Sozialismus kaum Möglichkeiten gegeben hatte, ein Privatvermögen aufzubauen. So kam es, dass im Herbst des Jahres 1992 etwa 80 % der Unternehmen in der Tschechischen Republik und etwa 90 % der Unternehmen in der Slowakei bei Banken verschuldet waren.³¹

Dass die Menge vergebener Kredite größer wurde, war aber noch nicht per se problematisch. Bedenklich war vor allem, dass der Anteil riskanter Kredite – gemeint sind hiermit sowohl Kredite, die nichteinbringlich sind, als auch Kredite, deren Rückzahlung sehr unsicher ist³² – rasant wuchs: Ende 1991 betrug der Anteil riskanter Kredite 2,4 %. Ein Jahr später lag dieser Wert bei 19 % und im Jahr 1993 bei 23,8 %. Welche gesamtwirtschaftliche Bedeutung dies hatte, wird vor allem dann deutlich, wenn man die unter diesen Umständen verliehene Geldmenge in Relation zum Bruttoinlandsprodukt betrachtet:

1991 waren riskante Kredite im Wert von 1,7 % des BIP vergeben worden. 1992 war dieser Anteil auf 13,7 % und 1993 auf 17,3 % angestiegen.³³

Spricht man über den Anstieg der Verschuldung bzw. die Ausweitung des Problems der Zahlungsunfähigkeit in den frühen 1990er Jahren, sind jedoch nicht nur Verbindlichkeiten gegenüber Banken zu beachten, sondern auch Schulden, die sich aus den Geschäftsbeziehungen der Betriebe untereinander ergaben. Unmittelbar nach der Samtenen Revolution kam man hier auf 44,9 Milliarden Kronen und war Ende 1990 bei 145,4 Milliarden Kronen angelangt³⁴ – ein hoher Wert, wenn man bedenkt, dass das Bruttoinlandsprodukt in diesem Jahr 811,3 Milliarden Kronen betrug.³⁵

Auch im zeitgenössischen politischen und medialen Diskurs fand die weite Verbreitung wechselseitiger Schulden ihren Niederschlag: Konstatiert wurde, dass in der heutigen Zeit ‚jeder‘ bei ‚jedem‘ Schulden habe.³⁶ Die tschechische Wirtschaft sei ein „irrer Kreislauf, in dem viele Subjekte sowohl ein bisschen Schuldner als auch ein bisschen Gläubiger“ seien.³⁷ Tatsächlich entwickelte sich die Zahlungsunfähigkeit von Betrieben sowohl im Hinblick auf Kreditraten als auch im Hinblick auf offene Rechnungen bei anderen Betrieben in den frühen 1990er Jahren zum Massenphänomen: Im Jahr 1992 waren 80 % der Unternehmen insolvent und auch im Jahr 1993 traf dies noch auf 60 % der Betriebe zu.³⁸

III. Ursachen für die Insolvenzproblematik der frühen 1990er Jahre

Die Tatsache, dass zahlungsunfähige Unternehmen in den frühen 1990er Jahren eher die Regel als die Ausnahme waren, lässt sich auf verschiedene Ursachen zurückführen. Ausschlaggebend waren dabei nicht nur spezifischere Faktoren wie beispielsweise die

²⁸ Gemäß den Angaben des Tschechoslowakischen Föderalen Amtes für Statistik und der Tschechischen Nationalbank betrug das BIP im Jahr 1991 977,8 Milliarden Kronen, zit. nach Aleš Bulíř/Joshua Charap, *The Czech and Slovak Republic: The Process of Divergence*, in: *Communist economies and economic transformation* 5 (1993) H. 3, S. 369–390, hier S. 390.

²⁹ Schuldenhöhen entsprechend den Angaben des Tschechoslowakischen Föderalen Amtes für Statistik, des Tschechischen Amtes für Statistik sowie der Tschechoslowakischen Zentralbank, zit. nach Dyba/Švejnar, *Stabilization and Transition in Czechoslovakia* (wie Anm. 20), S. 101.

³⁰ An der Privatisierung der tschechoslowakischen Volkswirtschaft wirkten neben inländischen Unternehmern auch ausländische Unternehmer bzw. Investoren mit. Jedoch war die Regierung bemüht, den internationalen Einfluss – zumindest auf dem Papier – gering zu halten. Paradigmatisch war der Ausspruch von Václav Klaus, man wolle das „Familiensilber“ („rodinné stříbro“) nicht verkaufen. Diese Äußerung tätigte er bereits zu Beginn der 1990er Jahre und wiederholte sie auch in der Rückschau auf den Privatisierungsprozess (Interview mit Václav Klaus, in: Jan Rovenský et al., *25 let poté. Klaus, Pithart, Rychetský a Zeman vo rozhovorech o společnosti a politice*, Prag 2014, S. 27.).

³¹ *Práce, Vlastníkem je stát*, 11.09.92.

³² Vgl. hierzu die gemeinhin von internationalen und US-amerikanischen Finanzinstituten verwendeten Klassifikationen „loss loans“ und „doubtful loans“, definiert u. a. im Handbuch des amerikanischen Rechnungshofs (Comptroller of the Currency/Administrator of National Banks, *Rating Credit Risk*. Comptroller's Handbook, Washington, D.C. 2001, S. 17 f., <https://www.occ.treas.gov/publications/publications-by-type/comptrollers-handbook/rating-credit-risk/pub-ch-rating-credit-risk.pdf>, 17.10.2018).

³³ Anteil riskanter Kredite entsprechend den Angaben des tschechischen Ministeriums für Industrie und Handel im Mai 1994, zit. nach Jacek Rostowski/Milan Nikolic, *Exit in the Framework of Macro-economic Shocks and Policy Responses during Transition: a Cross-country Comparison*, CASE Working paper, Warschau 1995, S. 16, http://www.case-research.eu/files/?id_plik=3725, 27.09.2018.

³⁴ Zahlungsrückstände zwischen den Unternehmen entsprechend den Angaben des Tschechoslowakischen Föderalen Amtes für Statistik, des Tschechischen Amtes für Statistik sowie der Tschechoslowakischen Zentralbank, zit. nach Dyba/Švejnar, *Stabilization and Transition in Czechoslovakia* (wie Anm. 20), S. 101.

³⁵ Nominales BIP entsprechend den Angaben des Tschechoslowakischen Föderalen Amtes für Statistik und der Tschechischen Nationalbank, zit. nach Bulíř/Charap, *The Czech and Slovak Republic* (wie Anm. 28), S. 390.

³⁶ Vgl. hierzu z. B. die Aussage des Abgeordneten Ján Zán (Partei der Demokratischen Linken/Strana demokratické levice): „Die Situation ist so, dass heute alle allen etwas schuldig sind.“/„Situace je taková, že dnes jsou všichni všem něco dlužní.“ (Haló noviny, *Lavina bankrotů v pohybu*, 24.09.92.) oder eine Formulierung in den *Hospodářské noviny*: „Niemand bezahlt niemanden, jeder ist bei jedem verschuldet, jeder reicht gegen jeden eine Klage ein.“/„Nikdo nikomu neplatí, každý každému je dlužen, každý na každého proto podá žalobu.“ (*Hospodářské Noviny*, *Stát se stará*, 26.05.93).

³⁷ „(...) bludný kruh, ve kterém jsou mnohé subjekty tak trochu dlužníky, a tak trochu věřiteli.“ (Ekonom, *Anketa Bankrotů za dvěmi*, 22.04.93.).

³⁸ Dieter Pesendorfer, *Der Restaurationsprozeß des Kapitalismus in der ehemaligen Tschechoslowakei, Probleme des Übergangs*, Frankfurt/New York 1998, S. 142.

schuldnerfreundliche gesetzliche Regelung von Konkursen – diese wird in Kapitel IV einer ausführlichen Analyse unterzogen –, sondern auch der allgemeinere Kontext der wirtschaftlichen Transformation sowie Praktiken bei der Kreditvergabe und -rückzahlung.

1. Ursachen im Zusammenhang mit dem Aufbau des Bankwesens und der Privatisierung

Das tschechoslowakische Bankwesen, das sich während des Staatssozialismus in einem eng umgrenzten institutionellen Rahmen bewegt hatte³⁹, expandierte in den frühen 1990er Jahren sehr rasch. Haupteigentümer der fünf größten tschechischen Banken (Komerční banka, Investiční banka, Česká spořitelna, Živnostenská banka, Československá obchodní banka) blieb aber weiterhin der tschechische Staat. Hinzu kamen neu gegründete insoweit ausländische Geldinstitute, die ihre Aktivitäten nun auf das Gebiet der ČSFR ausdehnten. Insgesamt gab es im Jahr 1993 in der Tschechischen Republik 70 in- und ausländische Banken.⁴⁰

Die Tatsache, dass ein auf die Bedürfnisse einer Marktwirtschaft ausgerichtetes Geschäftsbankensystem quasi „aus dem Nichts“⁴¹ erschaffen wurde, brachte jedoch Probleme mit sich: Viele neu entstandene Geldinstitute waren von vornherein unterkapitalisiert. Außerdem war der gesetzliche Rahmen, zum Beispiel im Hinblick auf die Risikobewertung, ungenügend. Hinzu kam, dass es, vor allem auch in höheren Managementpositionen, nicht genügend Personal gab, das über ausreichend Erfahrung und Expertise darüber verfügte, wie Bankgeschäfte in einer Marktwirtschaft abzuwickeln waren.⁴²

Ein noch grundlegendes Problem im Bankensektor war, dass der Staat als (Haupt-)Eigentümer weiterhin einen erheblichen Einfluss auf die Tätigkeit der großen Geldinstitute behielt. Dies hatte zur Folge, dass Kredite vielfach nicht aufgrund von wirtschaftlichen, sondern aufgrund von politischen Kriterien vergeben wurden.⁴³ Aus der Perspektive der Regierung⁴⁴ war eine solche Art

der Kreditvergabe – auch wenn dies offensichtlich nicht mit marktliberalen Reformleitsätzen vereinbar war – aus mindestens zwei Gründen erforderlich: Erstens, um die Entstaatlichung des Unternehmenssektors voranzutreiben; für den Kauf und den Betrieb der ehemaligen Staatsbetriebe musste Kapital generiert werden. Zweitens, damit Kredite auch an eigentlich bereits insolvente Firmen vergeben werden konnten (vor allem dann, wenn es sich um Betriebe mit einer hohen Angestelltenzahl handelte).⁴⁵ Auf diese Weise sollten Betriebsschließungen, Massenentlassungen und in der Folge soziale Verwerfungen vermieden werden.⁴⁶

In den folgenden Jahren richteten sich die Geldinstitute bei der Kreditvergabe im Großen und Ganzen nach dieser Maßgabe, auch wenn dies dazu führte, dass sie mit einer immer größeren Zahl notleidender Kredite belastet waren. Das damit verbundene Risiko wurde aber als nicht sehr hoch eingeschätzt bzw. man ging davon aus, auf staatliche Unterstützung zählen zu können, sollte man selbst in finanzielle Schwierigkeiten geraten.⁴⁷ Außerdem war die von der Regierung forcierte Kreditpolitik für die Geldinstitute auf den ersten Blick auch nicht unvorteilhaft, da sie Kredite zu deutlich höheren Zinssätzen vergaben, als sie Sparern für ihre Einlagen gewährten.⁴⁸ Ein weiterer wichtiger Faktor, der das Handeln der Banken bestimmte, war, dass sie im Rahmen der Privatisierung nicht nur als Kreditgeber auftraten, sondern auch als Gründer von Investmentfonds aktiv waren, deren Portfolio wiederum aus Anteilen an verschiedenen privatisierten Unternehmen bestand. So kam es, dass Banken eine Doppelrolle als Gläubiger und indirekte (Mit-)Eigentümer von verschuldeten Unternehmen einnahmen.⁴⁹

Inwieweit die tschechoslowakische und später die tschechische Regierung die oben beschriebene Entwicklung des Bankensektors gefördert oder in Kauf genommen hat, ist bis heute umstritten. Ein sowohl im zeitgenössischen Diskurs als auch in der Rückschau häufig vertretener Standpunkt lautet, Václav Klaus⁵⁰ und seine Gefolgs-

³⁹ In der ČSSR hatte es ein einsäuliges Bankensystem gegeben, welches nach dem Ende des Sozialismus in ein zweisäuliges Bankensystem umgewandelt wurde. Erst jetzt gab es eine klare Trennung zwischen den Geschäftsbanken und der für die Geld- und Währungspolitik zuständigen Zentralbank (Michal Mejstřík/Anna Dvořáková/Magda Nepřašová, *Restructuring and Development of the Banking Sector in Advanced Transition Country: The Czech Republic*, in: Michal Mejstřík (Hrsg.), *Cultivation of financial markets in the Czech Republic*, Prag 2004, S. 19–113, hier S. 23.).

⁴⁰ Balfour/Crise, *A Privatization Test* (wie Anm. 19), S. 109.

⁴¹ Pesendorfer, *Der Restaurationsprozeß des Kapitalismus* (wie Anm. 38), S. 141.

⁴² Mejstřík/Dvořáková/Nepřašová, *Restructuring and Development of the Banking Sector* (wie Anm. 39), S. 23.

⁴³ Die Kreditvergabe nach politischen Kriterien wird von vielen Autoren problematisiert, z.B.: Myant, *The Rise and Fall* (wie Anm. 7), S. 264; Jiří Pehe, Klaus, *Potrét politika ve dvacet obrazech*, Prag 2010, S. 35.

⁴⁴ Die ersten freien Wahlen in der ČSFR fanden im Juni 1990 statt. Die Mehrheit der Kabinettsposten in der bis Mitte des Jahres 1992 amtierenden föderalen Regierung hatte das Bürgerforum (Občanské Forum) inne, das sich im Februar 1991 in die Bürgerbewegung (Občanské hnutí) und die liberal-konservativ orientierte Demokratische Bürgerpartei (Občanská demokratická strana) aufspaltete. Nach den Wahlen 1992 bildete die ODS gemeinsam mit der Christlichen und Demokratischen Union–Tschechoslowakische Volkspartei (Křesťanská a demokratická unie–Československá

strana lidová) und der Bewegung für eine demokratische Slowakei (Hnutie za demokratické Slovensko) die Regierung in der ČSFR. Nach deren Auflösung hatten die ODS und die KDU–ČSL auch in der Tschechischen Republik die Regierungsgewalt inne (in wechselnden Koalitionen mit weiteren kleineren Parteien). Fünf Jahre später, im Januar 1998, führten wirtschaftliche Probleme und politische Konflikte bzw. Skandale zur Einsetzung einer sog. Beamtenregierung, ehe nach den Wahlen im Juli 1998 die Sozialdemokratische Partei (ČSSD/Česká strana sociálně demokratická) eine Minderheitsregierung bildete.

⁴⁵ Zur Bevorzugung größerer Unternehmen bei der Vergabe und bei der Rückzahlung von Krediten vgl. z. B. Pesendorfer, *Der Restaurationsprozeß des Kapitalismus* (wie Anm. 38), S. 142.

⁴⁶ Den Zusammenhang von Kredit- und Sozial- bzw. Antiarbeitslosigkeitspolitik behandeln u.a.: Holman, *Transformace české ekonomiky* (wie Anm. 5), Prag 2000, S. 67 f.; Hayagreeva Rao/Paul Hirsch, „Czechmate”: the old banking elite and the construction of investment privatization funds in the Czech Republic, in: *Socio-Economic Review* 1 (2003) H. 2, S. 247–269, hier S. 262.

⁴⁷ Holman, *Transformace české ekonomiky* (wie Anm. 5), S. 68.

⁴⁸ Rao/Hirsch, „Czechmate”: the old banking elite (wie Anm. 46), S. 262.

⁴⁹ Zur problematischen Doppelrolle von Banken bei der Privatisierung vgl. z. B.: Havel et al., *Economics and System Change* (wie Anm. 7), S. 250; Myant, *The Rise and Fall* (wie Anm. 7), S. 264; Berend, *From the Soviet Bloc* (wie Anm. 7), S. 63.

⁵⁰ Ein ausführliches Porträt über den Politiker Václav Klaus sowie

leute hätten einen ‚Bankensozialismus‘ (bankovní socialismus) betrieben.⁵¹ Der ODS⁵²-Politiker Klaus, der von Dezember 1989 bis Juli 1992 dem tschechischen Finanzministerium vorstand und danach zum tschechischen Ministerpräsidenten gewählt wurde, hätte damit nicht nur gegen seine eigenen markoliberalen Prinzipien verstoßen, sondern auch einen gewichtigen wirtschaftspolitischen Fehler begangen. Der Regierung sei von Anfang an klar gewesen, dass ein Großteil der Unternehmen niemals dazu in der Lage sein würde, die geliehenen Gelder zurückzuzahlen.⁵³

Tatsächlich war die große Menge notleidender Kredite ein zentraler Faktor, der das tschechische Bankensystem in eine Krise führte⁵⁴, die sich spätestens ab dem Jahr 1996 in aller Deutlichkeit abzeichnete.⁵⁵ Die Strategie der Nationalbank, die Schuldenproblematik durch eine Erhöhung der Zinsen sowie der obligatorischen Mindestreserven in den Griff zu bekommen, schlug jedoch fehl. Hinzu kamen andere Probleme, zum Beispiel ein wachsendes Defizit in der Handelsbilanz. Nachdem immer mehr Kapital ins Ausland abgeflossen war, wuchs sich die Schuldenkrise im Frühling 1997 zu einer Währungskrise aus und führte letztendlich in eine Rezession. Die Abwertung der tschechischen Krone konnte erst durch die Einführung eines flexibleren Korridors für Währungsschwankungen unter Kontrolle gebracht werden. Dennoch blieben die Auswirkungen der Krise, insbesondere im Hinblick auf die Arbeitslosigkeit⁵⁶ und auf das Wirtschaftswachstum noch länger spürbar. Die Privatisierung der Banken wurde trotzdem erst um die Jahrtausendwende herum in Angriff genommen⁵⁷, nachdem im Juli

1998 eine sozialdemokratische Minderheitsregierung an die Macht gekommen war.⁵⁸

2. Ursachen im Zusammenhang mit Praktiken bei der Kreditvergabe und bei der Schuldenrückzahlung

Dass die Insolvenz von Betrieben in den frühen 1990er Jahre fast schon zum Normalzustand wurde, steht aber nicht nur im Zusammenhang mit dem weiteren privatisierungs- und bankenpolitischen Kontext, sondern lässt sich auch auf spezifischere Ursachen zurückführen. Wie bereits erwähnt, begann die Verschuldung schon oft am Anfang einer unternehmerischen Karriere: Da aus sozialistischer Zeit kaum Eigenkapital vorhanden war, wurden vor allem kleine ehemalige Staatsbetriebe auf Kredit gekauft.⁵⁹ Gerieten diese Privatunternehmen dann wenig später in eine wirtschaftliche Schieflage, gab es kein Polster, um Kreditraten zu tilgen und Zinszahlungen zu leisten. Außerdem waren die Betriebe nicht mehr in der Lage, ihre Rechnungen bei anderen Betrieben zu begleichen, wodurch auch diese in Zahlungsschwierigkeiten gerieten.⁶⁰

Gleichzeitig konnten Maßnahmen zur vorsorglichen Verhinderung von Zahlungsunfähigkeit angesichts der besonderen Rahmenbedingungen, die sich durch die Umstellung von der Plan- zur Marktwirtschaft ergaben, nicht flächendeckend ergriffen werden. Zum einen existierten nur vage gesetzliche Vorgaben, insbesondere was die Bilanzprüfung bei potentiellen Kreditnehmern anging. Zum anderen konnte die Kreditwürdigkeit bei komplett neu gegründeten Firmen auch kaum geprüft werden, da es keine Daten über deren vorherige Tätigkeit gab.⁶¹

Ein weiterer Faktor, der die Kreditvergabe beeinflusste, stammte aus der Zeit vor der Samtenen Revolution: Da das Bankwesen im Sozialismus nicht nach marktwirtschaftlichen Kriterien operiert hatte, war die Kreditvergabe in einem nicht unerheblichen Ausmaß davon beeinflusst worden, welche persönlichen Kontakte zwischen den Mitarbeitern der Banken und den Betriebsleitern bestanden. Zu vermuten ist, dass solche Praktiken auch noch in den 1990er Jahren zum Teil aufrechterhalten wurden.⁶²

eine Einordnung seiner Politik liefert: Pehe, Klaus. *Potrét politika* (wie Anm. 43).

⁵¹ Zum Phänomen des ‚Bankensozialismus‘ bzw. zur Bankenkrise vgl. z. B.: Holman, *Transformace české ekonomiky* (wie Anm. 5), S. 68; Myant, *The Rise and Fall* (wie Anm. 7), S. 263; Pehe, Klaus. *Potrét politika* (wie Anm. 43), S. 35 f.

⁵² Zur Rolle der ODS in den frühen 1990er Jahren vgl. Anm. 44.

⁵³ Diese Einschätzung findet sich beispielweise in einem Interview mit Pavel Rychetský aus dem Jahr 2014, der in den 1990er Jahren ČSSD-Senator und ab 2003 Präsident des Verfassungsgerichts war (in: Rovenský et al., 25 let poté (wie Anm. 30), S. 205.).

⁵⁴ Das Zustandekommen, der Verlauf sowie der Ausweg aus der Krise kann hier nur schlaglichtartig geschildert werden. Für eine ausführlichere Darstellung vgl. z. B.: Vladan Hodulák/Oldřich Krpec, *Hospodářská politika*, in: *Veřejné politiky v České republice v letech 1989–2009*, Brno 2010, S. 169–221, hier S. 201–203.

⁵⁵ Konkrete Auswirkungen waren der Bankrott einiger Banken (z. B. der Kollaps der Kreditní banka in Pilsen im September 1996) sowie Korruptions- und Parteienfinanzierungsskandale (z. B. der Skandal um die Investiční a poštovní banka oder um Motoinvest), an denen ebenfalls Banken als Hauptakteure beteiligt waren. Zu dieser allgemeinen Entwicklung bzw. zu einigen konkreten Skandalen vgl. u. a.: Ákos Róna-Tas, *The Czech Third Wave. Privatization and the New Role of the State in the Czech Republic*, in: *Problems of Post-Communism* 44 (1997), H. 6, S. 53–62, hier S. 56–58; Orenstein, *Out of the Red* (wie Anm. 7), S. 88–92; Hodulák/Krpec, *Hospodářská politika* (wie Anm. 54), S. 201.

⁵⁶ Im Vergleich zu anderen postsozialistischen Transformationsstaaten war die Arbeitslosenquote in der Tschechischen Republik aber selbst zu Krisenzeiten niedrig. 1997 lag sie bei 4,8 %, 1998 bei 6,5 %, 1999 bei 8,9 % und 2000 bei 10,1 % (Orenstein, *Out of the Red* (wie Anm. 7), S. 59).

⁵⁷ Für einen Überblick über die Bankenprivatisierung vgl. Židek, *Transformace české ekonomiky* (wie Anm. 12), S. 204–206.

⁵⁸ Eine kurze Zusammenfassung, welche Regierung in der ČSFR bzw. in der Tschechischen Republik auf welche folgte, findet sich in Anm. 44.

⁵⁹ Zum Phänomen der kreditfinanzierten Privatisierung vgl. z. B.: Holman, *Transformace české ekonomiky* (wie Anm. 5), S. 66; Mejstřík/Dvořáková/Nepřašová, *Restructuring and Development* (wie Anm. 39), S. 41.

⁶⁰ Im zeitgenössischen Diskurs, u. a. in der Presseberichterstattung, wurde häufig zwischen einer „primären“ und einer „sekundären Insolvenz“ unterschieden, wobei unter dem ersten Begriff eine ‚selbstverschuldete‘ Zahlungsfähigkeit und unter dem zweiten Begriff eine Zahlungsfähigkeit aufgrund uneinbringlicher Forderungen bei anderen Betrieben verstanden wurde (vgl. z. B.: Prostor, *Kdy spadne na podniky Damoklův meč?*, 22.09.92; *Hospodářské noviny*, *Čas bankrotů neuzrál*, 29.09.92; *Kupónová privatizace/Kupónová Privatizácia* (List Centra Kuponové Privatizace), *Kupónová privatizace v pohledu zákona o bankrotech*, Číslo 14 Ročník III, 30.03.1993, S. 10.).

⁶¹ Mejstřík/Dvořáková/Nepřašová, *Restructuring and Development* (wie Anm. 39), S. 24.

⁶² Holman, *Transformace české ekonomiky* (wie Anm. 5), S. 68; vgl. hierzu auch eine Äußerung von Jan Klacek, Direktor des Ökono-

Für die wachsende Zahlungsfähigkeit in der ČSFR gab es jedoch auch Ursachen, die nicht im Zusammenhang mit der Vergabe, sondern im Zusammenhang mit der Rückzahlung von Krediten standen. Ein die Insolvenz begünstigender Faktor war beispielsweise, dass die Fristen für Zahlungen sehr kurz bemessen waren. Zum Teil mussten Unternehmen Rechnungen innerhalb von vier Wochen begleichen – ein Zeitraum, der unverändert aus der staatssozialistischen Phase übernommen worden war.⁶³ Die tatsächliche Frist, innerhalb der die Betriebe in der Regel ihre Zahlungen tätigten, war jedoch deutlich länger: Im Jahr 1993 betrug sie durchschnittlich zwischen zweieinhalb und dreieinhalb Monaten, wodurch die Tschechische Republik eher westeuropäischen Ländern wie Frankreich oder dem Vereinigten Königreich ähnelte, während Nachbarländer wie Polen und Ungarn deutlich geringere Durchschnittswerte aufwiesen (Polen zwischen 1,5 und 1,8 Monaten und Ungarn zwischen 1,5 und 1,7 Monaten).⁶⁴

Zum Teil ließ sich die Tatsache, dass Zahlungsfristen überschritten und Kredite nicht bedient wurden, aber nicht auf eine mangelnde Zahlungsfähigkeit, sondern auf einen mangelnden Zahlungswillen zurückführen. Ein Teil der Eigentümer, die Unternehmen im Zuge der Privatisierung erworben hatten, war in Realität nicht an einer langfristigen unternehmerischen Tätigkeit, sondern an kurzfristigen Gewinnen interessiert.⁶⁵ Um dieses Interesse zu befriedigen, wurden Gesetzeslücken und laxe gesetzliche Regelungen – beispielsweise im Bereich des Konkursrechts – ausgenutzt.

IV. Der lange Weg zu einem ‚vollwertigen‘ Konkursgesetz (1991–1993)

1. Voraussetzungen und Entstehung des Konkursgesetzes im Überblick

Konkursgesetze erfüllen gemeinhin den Zweck, die Insolvenz von Unternehmen zu beenden: durch einen tatsächlichen Konkurs und die darauffolgende Liquidation der betroffenen Betriebe oder durch weichere Maßnahmen wie außergerichtliche Einigungen und Ausgleichs, nach deren erfolgreichem Abschluss die betroffenen Betriebe weiterbestehen können. Die Schaffung eines tschechischen Konkursgesetzes, das diese Aufgaben in einem ausreichenden Maße erfüllte und damit das Problem der Insolvenz zumindest abmildern konnte, gestaltete sich jedoch schwierig. Ähnlich wie in anderen postsozialistischen Transformationsländern begünstigte das Konkurs-

gesetz in der Tschechoslowakei bzw. in Tschechien, zumindest in seiner frühesten Fassung, nämlich eher den Schuldner als den Gläubiger.⁶⁶

Ein entscheidender Faktor in diesem Zusammenhang war, dass man in diesem Rechtsbereich nicht auf Erfahrungen aus sozialistischer Zeit zurückgreifen konnte. Zwar hatten auch vor dem Systemwechsel Banken Kredite an Betriebe vergeben, die diese zum Teil nicht zurückzahlten, und auch zwischen den einzelnen Betrieben hatte es Forderungen gegeben, die nicht beglichen wurden. Letztendlich war aber der Staat sowohl Eigentümer der Banken als auch Eigentümer der Betriebe. Ein echter Interessenskonflikt zwischen den Stakeholdern, der in der Regel unabdingbar für die Einleitung eines Konkursverfahrens ist, bestand also nicht.⁶⁷

Nach dem Systemwechsel dauerte es dann mehr als drei Jahre, ehe ein Konkursgesetz, dessen Bestimmungen denen in anderen Marktwirtschaften ähnelten, in Kraft trat. Internationale Beobachter hatten bereits kurz nach dem Ende des Sozialismus auf die Unumgänglichkeit von Konkursen in einer Marktwirtschaft und die Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung verwiesen.⁶⁸ Tatsächlich war eine erste Fassung des „Gesetzes über den Konkurs und den Ausgleich“ (Zákon o konkursu a vyrovnání), das sich an der deutschen und österreichischen Gesetzeslage orientierte⁶⁹, auch schon im Oktober 1991 in Kraft getreten.

Jedoch war damals festgelegt worden, dass das Gesetz bis zum Oktober 1992 nur in einer beschränkten Fassung gültig sein sollte (Zákon č. 328/1991 Sb.). Diese Übergangsregelung blieb dann aber länger in Kraft als ursprünglich vorgesehen – zu diesem Zweck wurde das Zákon č. 471/1992 Sb. erlassen –, so dass das Konkursgesetz erst nach seiner Novellierung im April 1993 seine volle Gültigkeit erhielt. In Kraft trat nun das Zákon č. 122/1993 Sb., welches den Untertitel „Gesetz, mit dem sich das Gesetz č. 328/1991 Sb. über den Konkurs und den Ausgleich ändert und vervollständigt“ (Zákon, kterým se mění a doplňuje zákon č. 328/1991 Sb., o konkursu a vyrovnání) trug.

Warum die Gesetzgebung mehrere Jahre in Anspruch nahm, wird im Folgenden analysiert. Zu diesem Zweck werden der Weg bis zum Inkrafttreten des Zákon č. 122/1993 Sb. sowie die ersten Monate nach der Novellierung nachgezeichnet. Dabei stehen zum einen die politischen Hintergründe, die zum Hinauszögern einer vollwertigen Bankrottregelung führten, im Fokus. Zum

mischen Instituts der Tschechischen Nationalbank, der auf die gute Verhandlungsposition bzw. Verhandlungstaktik der Betriebe bei den Banken verweist (Ekonom, Podniky, Banky a Bankrot, 27.05.93, S. 15.).

⁶³ Holman, Transformace české ekonomiky (wie Anm. 5), S. 66.

⁶⁴ Qimiao Fan/Mark E. Schaffer, Government financial transfers and enterprise adjustments in Russia, with comparisons to Central and Eastern Europe, Internal discussion paper no. 141, Washington, D.C. 1994, S. 10, <http://documents.worldbank.org/curated/en/574011468914980036/Government-financial-transfers-and-enterprise-adjustments-in-Russia-with-comparisons-to-Central-and-Eastern-Europe>, 24.10.18; Rostowski/Nikolic, Exit in the Framework (wie Anm. 33), S. 18.

⁶⁵ Mejstřík/Dvořáková/Nepřašová, Restructuring and Development (wie Anm. 39), S. 40.

⁶⁶ Leszek Balcerowicz/Alan Gelb, Macropolicies in transition to a market economy : a three-year perspective, in: World Bank, Proceedings of the World Bank annual conference on development economics 1994, Washington, D.C. 1995, S. 21–44, hier S. 38.

⁶⁷ Cheryl W. Gray, The legal framework for private sector activity in the Czech and Slovak Federal Republic, Policy, Research working papers no. 1051., Washington, D.C., S. 20, <http://documents.worldbank.org/curated/en/98711146877281295/The-legal-framework-for-private-sector-activity-in-the-Czech-and-Slovak-Federal-Republic>, 28.09.18.

⁶⁸ World Bank, Czechoslovakia–Transition to a market economy, Washington, D.C. 1990, S. iv, 61 u. 85 f., <http://documents.worldbank.org/curated/en/305671468247473023/Czechoslovakia-Transition-to-a-market-economy>, 12.09.18.

⁶⁹ Gray, The legal framework (wie Anm. 67), S. 20.

anderen wird beleuchtet, welche Positionen tschechische Wirtschaftsexperten und die tschechische Presse während der verschiedenen Stufen des Entstehungsprozesses des Gesetzes einnahmen.

2. Die erste Fassung des tschechoslowakischen Konkursgesetzes (Zákon č. 328/1991 Sb.)

a. Im Gesetz enthaltene Übergangsregelungen (oder: ein Konkursgesetz ‚light‘)

Die erste Fassung des tschechoslowakischen Konkursgesetzes war geprägt vom Versuch der Regierung, den Privatisierungsprozess nicht zu behindern sowie in sozialer Sicht problematische Entwicklungen so weit wie möglich zu vermeiden. Aus diesem Grund orientierte man sich nur oberflächlich an der gesetzlichen Situation in anderen, bereits länger bestehenden Marktwirtschaften und erließ verschiedene Übergangsregelungen.

Einige dieser Übergangsregelungen zielten auf Betriebe ab, deren Privatisierung noch bevorstand. Bei diesen Betrieben durfte, auch wenn sie de facto dafür ‚reif‘ gewesen wären, kein Konkursverfahren eingeleitet werden. Hinter dieser Ausnahmeregelung stand die oberste Prämisse der Privatisierungspolitik, eine möglichst hohe Zahl von staatlichen in private Betriebe umzuwandeln. Mit dieser Leitlinie verbunden war aber auch die Hoffnung, dass private Eigentümer eher dazu in der Lage wären, Bankrotte abzuwenden, auch wenn sich die Unternehmen bereits in einer sehr aussichtslosen Situation befanden.⁷⁰ Tatsächlich wurden große Betriebe auch dann privatisiert, wenn sie überschuldet waren, das heißt, wenn ihr Schuldenstand höher war als ihre Vermögenswerte.⁷¹

Andere im Gesetz niedergelegte Übergangsregelungen betrafen bereits privatisierte Betriebe. Bei diesen Betrieben war grundsätzlich ein Konkurs möglich, jedoch gab es hier Hürden für die Einleitung eines Verfahrens, welche vor allem die Art der Verschuldung betrafen. Zum einen musste das Unternehmen überschuldet sein.⁷² Zum anderen war es auch wichtig, dass das Unternehmen ‚primär‘⁷³ verschuldet war. Nicht ausreichend war also, dass der Betrieb aufgrund ausstehender Forderungen gegenüber Geschäftspartnern in Zahlungsunfähigkeit geraten war. Vielmehr musste das Unternehmen aufgrund fehlender Einnahmen nicht mehr in der Lage sein, seiner

Geschäftstätigkeit nachzukommen. Wenn diese Voraussetzung erfüllt war – was im Herbst 1992 nur bei ca. einem Viertel der insolventen Betriebe der Fall war⁷⁴ –, war für die Einleitung eines Konkursverfahrens aber noch die Einwilligung des Industrieministeriums notwendig, wodurch der Verfahrensbeginn um bis zu ein Jahr hinausgezögert werden konnte.⁷⁵

Nach dem Inkrafttreten der ersten Fassung des Konkursgesetzes gab es bis zum Sommer 1992 kein ausgeprägtes Interesse an diesem Thema. Die Insolvenzproblematik wurde in der Presse vereinzelt behandelt, u. a. auch mit dem Hinweis, dass mit dem Fortschreiten der Privatisierung mehr Konkurse eintreten würden und dass dies, genauso wie in anderen Marktwirtschaften, als normaler Vorgang zu betrachten sei.⁷⁶ Über eine Strategie, einzelne Unternehmen kontrolliert in den Konkurs zu führen, dachte die tschechische Regierung aber nur verhalten nach und verwies in diesem Zusammenhang meist auf die damit verbundenen schwer abschätzbaren sozialen Folgen.⁷⁷

b. Verzögerungen auf dem Weg zum ‚vollwertigen‘ Konkursgesetz (Zákon č. 471/1992 Sb.)

Als im Herbst 1992 der Ablauf der im Vorjahr festgelegten Übergangsregelungen immer näher rückte, mehrten sich die Stimmen, die auf Risiken im Zusammenhang mit der bevorstehenden vollen Gültigkeit des Gesetzes verwiesen. Eine Kettenreaktion, in der einige wenige Konkurse in einer Flut von Pleiten mündeten, wurde von der tschechischen Regierung als mögliches Szenario angesehen. Der tschechische Minister für Arbeit und Soziales Jindřich Vodička schätzte, dass ein massenhaftes Sterben von Betrieben zu einem spürbaren Anstieg der Arbeitslosenzahlen führen würde.⁷⁸ Da mittlerweile auch die Auflösung der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik beschlossen worden war, befürchtete die Regierung zudem eine Kumulation problematischer Entwicklungen zum Jahresende. Sollte das Gesetz in Kraft treten, würde neben der Auflösung auch noch eine große Zahl von Konkursen die Wirtschaft belasten.⁷⁹

Schätzungen, wie hoch diese Zahl sein würde, wurden vor allem in der Presse angestellt. Eine Vorhersage lautete beispielsweise, dass, sollte das Gesetz in Kraft treten, noch im Oktober 1992 mit 200 Konkursen gerechnet werden müsste.⁸⁰ Enorme Ausmaße nahmen die Prognosen in den sehr links und folglich sehr regierungskritisch eingestellten Haló Noviny an. Hier wurde angekündigt, dass das Gesetz 30 bis 60 % der insolventen Unternehmen auslöschen würde.⁸¹ Die dann folgende Kettenreaktion würde letztendlich auch dem Bankensystem einen

⁷⁰ Einige Zeit später zeigte sich aber, dass sich diese Hoffnung häufig nicht erfüllte. Private Eigentümer waren oftmals nicht in der Lage die bestehenden Schulden abzubezahlen bzw. verschuldeten sich zum Zweck des Aufkaufs der staatlichen Betriebe noch zusätzlich. Im Oktober 1993 stellte sich zum Beispiel heraus, dass private Eigentümer, die ehemalige Staatsbetriebe per Direktkauf erworben hatten, noch Zahlungsrückstände von ca. vier Milliarden Kronen hatten (Hospodářské Noviny, Pohledávky z privatizace končí také u soudu, 13.10.93.).

⁷¹ Die Haló Noviny verwiesen im Juni 1992 darauf, dass mit Škoda Plzeň, Přerovské strojírně, Tatra Kopřivnice, Královopolská Brno und Spolana Neratovice fünf Großunternehmen an der ersten Runde der Kuponprivatisierung teilnahmen, deren Gesamtschulden sich auf etwa 37 Milliarden Kronen beliefen, während ihr Gesamtvermögen nur etwa 20 Milliarden Kronen betrage (Haló noviny, Výzva představitelům vlád, 04.06.92.).

⁷² Ekonom, Zachovat Rozvahu, 15.04.93, S. 15.

⁷³ Zur Bedeutung von primärer und sekundärer Insolvenz vgl. auch Anmerkung 60.

⁷⁴ Hospodářské noviny, Čas bankrotů neuzrál, 29.09.92.

⁷⁵ Rao/Hirsch, „Czechmate“: the old banking elite (wie Anm. 46), S. 262.

⁷⁶ Vgl. hierzu eine Überschrift im Český deník, laut der ein Bankrott keine „Vogelscheuche“ sei (Český deník, Bankrot není strašákem, 28.08.92.).

⁷⁷ Mladá Fronta Dnes, Ministr Dlouhý k vývoji v průmyslu, 24.07.92.

⁷⁸ Mladá Fronta Dnes, (Ne)cesta pro bankrotáře, 10.09.92.

⁷⁹ Prostor, Dluhy větší dlužníka, 18.09.92.

⁸⁰ Metropolitní Telegraf, Zákon o bankrotech zablokován?, 18.09.92.

⁸¹ 1993 waren 60 % der tschechischen Unternehmen insolvent (Pe-

empfindlichen Schaden zufügen, inklusive der dort befindlichen Spareinlagen der Bevölkerung.⁸² Vom tschechischen Wirtschaftsministerium wurden diese und andere schwarzmalersche Prognosen als völlig realitätsfern zurückgewiesen.⁸³ Jedoch beteiligten sich auch Zeitungen, die im politischen Spektrum leicht rechts der Mitte angesiedelt waren, an Spekulationen über einen möglichen Dominoeffekt. Unter der Überschrift „Wann fällt das Damoklesschwert auf die Unternehmen?“ gab die Zeitung *Prostor* zu bedenken, dass die bevorstehenden Konkurse zu mehr Arbeitslosigkeit führen und den sozialen Frieden stören könnten.⁸⁴

Diese Befürchtungen schienen auch auf der obersten politischen Ebene geteilt zu werden. Jedenfalls setzte sich auch hier die Auffassung durch, dass ein volles Inkrafttreten des Konkursgesetzes noch nicht angebracht sei. Kurz vor Ablauf der ursprünglich angesetzten Übergangsfrist verwies zum Beispiel Václav Klaus darauf, dass „das Gesetz in einer Form verabschiedet wurde, die der Standardwelt [sic], zum Beispiel der Schweiz oder Norwegen entspricht, aber eben nicht der tschechischen Transformationswirtschaft.“⁸⁵ Jedoch gab es auch hochrangige Staatsbedienstete, die eine möglichst rasche volle Gültigkeit des Gesetzes forderten. So plädierte Josef Tošovský, Präsident der Tschechoslowakischen Zentralbank, im September 1992 für einen regulierten Reinigungsprozess der Wirtschaft mittels Konkursen.⁸⁶

Aus der Sicht der Regierung überwogen aber letztendlich die Argumente, die dagegen sprachen, die Übergangsbestimmungen aus dem Konkursgesetz bereits zum Oktober 1992 zu entfernen. Dementsprechend brachten die beiden Wirtschaftsminister der Tschechischen und der Slowakischen Republik am 14. September 1992 den Vorschlag ein, die Frist für die volle Gültigkeit des Gesetzes ein zweites Mal nach hinten zu verschieben. In der Folge verhandelten dann die Wirtschaftsausschüsse der Föderalversammlung sowie der beiden Länderparlamente über diesen Vorschlag. Am 9. Oktober 1992 wurde das Zákon č. 471/1992 Sb. verabschiedet, mit dem die Geltungsdauer der Übergangsregelung von 1991 verlängert wurde.

Noch im Vorfeld der Verabschiedung gab Vladimír Dlouhý, Industrieminister und Vertreter der ODA⁸⁷, als

sender, Der Restaurationsprozeß des Kapitalismus (wie Anm. 38), S. 142.).

⁸² Haló noviny, Bankroty vtrhly do Československa, 18.09.92; Haló noviny, Přemýšlet není čas, 05.10.92.

⁸³ Prostor, Risiko Kupónářů není velké, 17.10.92.

⁸⁴ Prostor, Kdy spadne na podniky Damoklův meč?, 22.09.92.

⁸⁵ „(...) byl zákon přijat v podobě, která vyhovuje pro standardní svět, např. Švýcarsko či Norsko, ale nikoli pro transformující se čs. ekonomiku.“, zit. nach Mladá Fronta Dnes, (Ne)cesta pro bankrotáře, 10.09.92.). Dieser Standpunkt wurde auch in den Folgemonaten vonseiten der Regierung vertreten (vgl. z. B. Hospodářské Noviny, Bankroty se odkládají nebudou, 08.03.93.).

⁸⁶ Mladá Fronta Dnes, (Ne)cesta pro bankrotáře, 10.09.92, Český deník, Tošovský o bankrotech, 10.09.92.

⁸⁷ Die ODA (Občanská demokratická aliance/Bürgerlich-demokratische Allianz) war eine kleinere neokonservative Partei, die mehrere Jahre eng mit der marktliberal orientierten ODS zusammenarbeitete. Im Zuge der krisenhaften politischen und wirtschaftlichen Entwicklungen in der zweiten Hälfte der 1990er Jahre distanzierte sich die ODA schrittweise von der ODS bzw. die Konflikte zwi-

Hauptgrund für diesen Schritt an, dass man auf den Abschluss der ersten Welle der Kuponprivatisierung⁸⁸ warten müsse, ehe das Gesetz seine volle Gültigkeit erlange. Bei seiner Verabschiedung im Juni 1991 habe man noch mit einem schnelleren Abschluss der ersten Welle gerechnet und folglich nur eine kürzere Aufschubfrist eingeplant. Außerdem verwies Dlouhý darauf, dass man einen Dominoeffekt, der angesichts der hohen wechselseitigen Verschuldung durchaus drohe, vermeiden wollte. Dies sei auch im Interesse der Banken, da diese im Fall von massenhaften Konkursen ihre Forderungen keinesfalls mehr durchsetzen könnten. Generell plädierte Dlouhý dafür, dass der Staat noch aktiver werden müsse, um die Insolvenzproblematik in den Griff zu bekommen⁸⁹ – und vertrat damit einen Standpunkt, der in einem klaren Widerspruch zur marktliberalen Rhetorik der Regierungskoalition bzw. der ODA stand.

Tatsächlich stimmte die Föderalversammlung mehrheitlich für den Aufschub der Gültigkeit, jedoch waren die Meinungen zu diesem Vorgehen durchaus gespalten. Weitgehend positiv äußerte sich zum Beispiel ein Abgeordneter der Regierungspartei HZDS (Hnutie za demokratické Slovensko/Bewegung für eine demokratische Slowakei): Das Verlängern der Aufschubfrist bringe zwar keine Lösung wirtschaftlicher Probleme, könne aber zu einer gewissen gesellschaftlichen Stabilisierung beitragen. Man dürfe den Aufschub nicht als Abweichen vom grundsätzlichen Konzept der ökonomischen Reformen verstehen, sondern lediglich als einen Eingriff in die zeitliche Abfolge der Reformschritte. Eine klar davon abweichende Sichtweise hatte hingegen ein Vertreter der tschechischen Regierungspartei KDS (Křesťanskodemokratická strana/Christdemokratische Partei): Die Regierung dürfe nicht weiter Einfluss auf die wirtschaftliche Entwicklung von Betrieben nehmen. Moderater formulierte seine Kritik ein slowakischer Abgeordneter der oppositionellen SDL (Strana demokratickej ľavice/Partei der Demokratischen Linken/): Zwar gelte es zu verhindern, dass es zu Konkursen und Entlassungen komme, jedoch würde man mit dem Aufschub das Problem nicht lösen, sondern die ökonomischen Reformen nur unnötig in die Länge ziehen.⁹⁰

Auch von wissenschaftlicher Seite wurde die Entscheidung, die Gültigkeit des Gesetzes erneut aufzuschieben, kritisiert. In einem Gastartikel in den *Lidové Noviny* verwies der Ökonom Aleš Bulíř⁹¹ darauf, dass diese Ent-

schen den beiden Regierungsparteien nahmen zu (zur Rolle der ODA vgl.: Petr Roubal, Anti-Communism of the Future: Czech Post-Dissident Neoconservatives in Post-Communist Transformation, in: Michal Kopeček/Piotr Wciślik (Hrsg.), Thinking through transition. Liberal democracy, authoritarian pasts, and intellectual history in East Central Europe after 1989, Budapest 2015, S. 171–200).

⁸⁸ Zum Ablauf der Privatisierung bzw. zur Kuponprivatisierung vgl. Kapitel II.2.

⁸⁹ Prostor, Bankroty pod kontrolu?, 02.10.92.

⁹⁰ Hospodářské noviny, Kdy dojde k bankrotům, 05.10.92.

⁹¹ Bulíř war vor und nach der Samtenen Revolution wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Prager Wirtschaftsuniversität. Von 1992 bis 1993 war er für die Tschechische Nationalbank tätig und verließ dann das Land, um für den IWF in Washington D.C. zu arbeiten. Bulíř war außerdem Mitunterzeichner der am 31.12.1991 in den *Lidové Noviny* veröffentlichten „Erklärung unabhängiger tsche-

scheidung sehr überraschend getroffen worden sei. Die in der Öffentlichkeit vertretene Argumentation der Regierung, man wolle eine Kettenreaktion verhindern und somit Banken und Bevölkerung schützen, gebe nicht die gesamte Wahrheit wieder. Ausschlaggebend für den Aufschub seien vielmehr zwei Briefe von tschechischen Geschäftsbanken gewesen, die vor einem Zusammenbruch des Bankensystems gewarnt hätten. Erst daraufhin habe man den Aufschub in die Wege geleitet, dabei aber nicht die Nebenwirkungen dieses Vorgehens berücksichtigt. Indem man den Bankrott ‚schlechter‘ Betriebe aufschiebe, könne man diese nämlich nicht auf Dauer retten. Außerdem bürde man so den ‚guten‘ Betrieben eine größere Steuerlast auf und nehme deren wirtschaftlichen Abstieg in Kauf.

Ein weiterer Nebeneffekt des Aufschubs war laut Bulíř, dass sich Unternehmen nicht mehr von einem baldigen Konkurs bedroht fühlten, was sich wiederum negativ auf deren Zahlungsmoral auswirke. Dadurch, dass ein Dominoeffekt wieder weniger wahrscheinlich geworden sei, seien auch die Banken wieder eher geneigt, Kredite zu riskanten Konditionen zu vergeben, wodurch sich die Insolvenzproblematik weiter verschlimmere. Der Wirtschaftswissenschaftler betonte abschließend, dass eine Bankrottelle so und so kein besonders wahrscheinliches Szenario für die weitere Entwicklung der tschechischen Wirtschaft sei. Gläubiger würden einen Schuldner in der Regel überleben lassen, wenn noch eine minimale Chance auf Zahlungen bestünde. Häufig sei es nämlich so, dass bei einem Konkurs zu wenig übrig bleibe, um alle ausstehenden Forderungen zu decken. Bulířs Fazit zum Aufschub der Gültigkeit des Bankrottgesetzes lautete, dass pessimistische Beobachter diesen Schritt als Anzeichen dafür interpretieren könnten, dass der Reformprozess zu einem Stillstand gekommen sei.⁹²

Von anderen Ökonomen wurde eine Bankrottelle hingegen nicht als sehr unwahrscheinlich dargestellt. Ein knappes halbes Jahr nach dem zweiten Aufschieben der Gültigkeit des Bankrottgesetzes meldete sich beispielsweise Robert Holman, zu diesem Zeitpunkt Berater der tschechischen Regierung, in einem Artikel in den *Hospodářské Noviny* zu Wort. Er führte aus, dass bislang noch unklar sei, ob mit dem vollständigen Inkrafttreten des Gesetzes, ein Prozess der kreativen Zerstörung⁹³ beginnen oder ob es zu einer Kettenreaktion und zu einem Kollaps des Unternehmenssektors kommen würde. Jedoch gebe es verschiedene Möglichkeiten, vor allem unter der Beteiligung des Nationalen Vermögensfonds⁹⁴

und der Konsolidační banka⁹⁵, um eine solche Kettenreaktion zu verhindern.⁹⁶

Auch die Presse nahm zum erneuten Aufschub der vollen Gültigkeit des Gesetzes Stellung. Ein Kritikpunkt lautete, dass die Regierung durch diesen Schritt von ihrem Credo radikaler marktwirtschaftlicher Reformen abweiche.⁹⁷ Die *Haló Noviny*, die vorher noch prophezeit hatten, dass die volle Gültigkeit des Gesetzes zu Massenbankrotten führen würde, monierten nun, dass das Aufschieben des Gesetzes nicht zu einer echten Lösung des Problems beitrage. Im Gegenteil: In den folgenden Monaten würden das Ausmaß der Verschuldung und der Insolvenz noch weiter ansteigen.⁹⁸

Tatsächlich herrschte auf der Regierungsebene eine gewisse Ratlosigkeit im Hinblick auf die Frage, wie man das Verschuldungsproblem lösen sollte. In einem Interview Ende Oktober 1992 betonte Pavel Štěpánek, Direktor der Abteilung für Finanzpolitik und -analyse im Finanzministerium, dass es hierfür kein „Wunderrezept“ gebe. Eine Lösung des Problems sei grundsätzlich nur möglich, indem man in verschiedenen Bereichen aktiv werde. Ein vollwertiger Kapitalmarkt müsse geschaffen und die Privatisierung abgeschlossen werden. Auch weiche Faktoren, wie die Konsolidierung einer unternehmerischen Ethik, spielten eine Rolle.⁹⁹

3. Das Zákon č. 122/1993 Sb.: ein ‚vollwertiges‘ Konkursgesetz?

Nachdem das umfassende Inkrafttreten des Gesetzes im Oktober 1992 aufgeschoben worden war, nahm man die Verhandlungen um eine Novelle des Gesetzes am 23. März 1993 wieder auf.¹⁰⁰ Am 22. April 1993 trat dann das Zákon č. 122/1993 Sb. in Kraft. Im Vergleich zu den vorher gültigen Fassungen erhöhten die im Gesetz festgeschriebenen Regelungen die Wahrscheinlichkeit von Konkursen. Jedoch entsprach auch das novellierte Gesetz nicht einem marktwirtschaftlichen bzw. marktliberalen Idealtypus, sondern enthielt immer noch Schutzmechanismen und wurde außerdem von wirtschaftspolitischen Korrekturmaßnahmen flankiert. Hinter diesen Mechanismen und Maßnahmen standen verschiedene Zielsetzungen: Neben der Absicherung des Privatisierungsprozesses ging es weiterhin darum, die Gesamtzahl der Konkurse möglichst gering zu halten und eine Kettenreaktion und deren negative soziale Auswirkungen zu vermeiden. Darüberhinaus sollten die Banken entlastet werden, deren Portfolio zu einem immer größerem Anteil aus notleidenden Krediten bestand, was sich negativ auf die Bewertungen der internationalen Ratingagenturen auswirkte.¹⁰¹

chischer und slowakischer Ökonomen“ (Prohlášení českých a slovenských nezávislých ekonomů), welche die Wirtschaftspolitik der Regierung einer kritischen Analyse unterzog.

⁹² Lidové noviny, Zastavení bankrotů. Zastavení reformy, 16.12.92.

⁹³ Holman nimmt hier Bezug auf das Konzept der kreativen bzw. schöpferischen Zerstörung, das Joseph Schumpeter in seinem 1942 erschienen Werk „Capitalism, Socialism and Democracy“ prägte.

⁹⁴ Der Nationale Vermögensfonds (FNM/Fond Národního Majetku) war eine eigens für die Durchführung der Privatisierung geschaffene Institution. Während das Privatisierungsministerium die Entstaatlichung vorbereitete und wichtige Entscheidungen fällte, war der Fonds für die finanzielle und organisatorische Abwicklung des Prozesses, insbesondere für die Veräußerung des staatlichen Ver-

mögens, zuständig (vgl. hierzu z. B. Kosta, Die Transformation des Wirtschaftssystems (wie Anm. 7), S. 168.).

⁹⁵ Zur Tätigkeit der Konsolidační banka vgl. Kapitel IV.3.2.

⁹⁶ Hospodářské Noviny, Bankrotý se odkládat nebudou, 08.03.93.

⁹⁷ Prostor, Bankrotý pod kontrolu?, 02.10.92.

⁹⁸ Haló noviny, Přemýšlet není čas, 05.10.92.

⁹⁹ Metropolitní Telegraf, Neexistuje univerzální recept, 29.10.92.

¹⁰⁰ Hospodářské Noviny, Parlament bude jednat o bankrotech, 16.03.93.

¹⁰¹ Holman, Transformace české ekonomiky (wie Anm. 5), S. 65.

a. Im Gesetz festgeschriebene Schutzmechanismen

Zum Schutz noch nicht privatisierter Betriebe konnte ein Konkursverfahren erst eingeleitet werden, nachdem mehr als ein Drittel des Unternehmens in private Hände transferiert und eine Wartefrist von zwei Monaten verstrichen war.¹⁰² Für Betriebe, bei denen die Privatisierung zu mindestens 50 % über Kupons¹⁰³ stattgefunden hatte, galt zum Schutz der Kuponinvestoren eine weitere Ausnahmenregelung: Hier war die Verkündung eines Konkurses nur möglich, wenn die Regierung dies genehmigt hatte.¹⁰⁴ Um die Verfügbarkeit von Lebensmitteln abzusichern, sah eine weitere Sonderregelung vor, dass bei Unternehmen der landwirtschaftlichen Grundversorgung ein Konkurs nicht zwischen dem 1. April und dem 30. September verkündet werden konnte. Außerdem war es bis Ende des Jahres 1994 nicht möglich, Konkurse gegen selbständige Landwirte zu verhängen. So sollten Eigentümer geschützt werden, die ihren landwirtschaftlichen Besitz erst kürzlich im Zuge der Restitution¹⁰⁵ zurückerhalten hatten.¹⁰⁶

Für sämtliche vom Konkurs bedrohte Betriebe sah das novellierte Gesetz eine drei- bzw. sechsmonatige Schutzfrist vor, die der Schuldner innerhalb von 15 Tagen nach der Einreichung des Konkursantrages beantragen konnte. Geprüft wurde dieser Antrag lediglich nach formalen Kriterien, so dass die Bearbeitungszeit in der Regel nicht mehr als zehn Tage betrug. Wurde die Schutzfrist gewährt – zuerst auf drei Monate, eine Verlängerung auf sechs Monate konnte normalerweise aber problemlos bewilligt werden –, wurde das Konkursverfahren vorerst nicht eingeleitet und die Parteien hatten die Möglichkeit zu einer außergerichtlichen Einigung zu kommen. Während dieser Frist durfte der Schuldner bestimmte Rechtsgeschäfte nur mit Zustimmung des Gläubigerausschusses durchführen, z. B. den Transfer von Vermögensteilen. Außerdem hatte der Gläubigerausschuss die Möglichkeit, das Verhalten des Schuldners zu kontrollieren, vor allem hinsichtlich der Frage, ob dieser seine ‚letzte Chance‘ auch angemessen nutzte.¹⁰⁷

Wenn keine außergerichtliche Einigung erzielt werden konnte, gab es die Möglichkeit des gerichtlichen Ausgleichs. Hierzu konnte der Schuldner nach dem Ablauf der Schutzfrist einen Antrag vorlegen, in dem er erläuterte, wie genau er seine Schulden zurückzahlen würde.

¹⁰² Český Deník, Novela zákona o bankrotech, 23.03.93; Kupónová privatizace/Kupónová Privatizácia (List Centra Kuponové Privatizace), Kupónová privatizace v pohledu zákona o bankrotech, Číslo 14–Ročník III, 30.03.1993, S. 10.

¹⁰³ Zum Ablauf der Privatisierung bzw. zur Kuponprivatisierung vgl. Kapitel 2.2.

¹⁰⁴ Hospodářské Noviny, Bankrotý prověřil kvalitu podnikání, 26.03.93; Kupónová privatizace/Kupónová Privatizácia (List Centra Kuponové Privatizace), Kupónová privatizace v pohledu zákona o bankrotech, Číslo 14–Ročník III, 30.03.1993, S. 10.

¹⁰⁵ Die Restitution war der erste Schritt im Privatisierungsprozess und ermöglichte die Wiedergutmachung von Eigentumsschäden, die während des Staatssozialismus entstanden waren. Für grundlegende Informationen zur Restitution vgl. z. B.: Kosta, Die Transformation des Wirtschaftssystems (wie Anm. 7), S. 165 f.

¹⁰⁶ Ekonom, Zachovat Rozvahu, 15.04.93, S. 16.

¹⁰⁷ Hospodářské Noviny, Bankrotý se odkládat nebudou, 08.03.93; Český Deník, Novela zákona o bankrotech, 23.03.93; Ekonom, Obávaný zákon nastupuje, 22.04.93, S. 71.

Verpflichtend war, dass innerhalb von zwei Jahren mindestens 45 % des Nominalwerts der Schulden beglichen wurden. Wenn auch diese Option nicht in Anspruch genommen wurde bzw. die damit verbundenen Auflagen nicht erfüllt wurden, wurde der Konkurs zum letzten Mittel der Wahl. Eine Garantie dafür, dass der Gläubiger im Zuge eines Konkurses seine gesamten Forderungen durchsetzen konnte, gab es jedoch nicht. Das Gesetz sah bestimmte Regeln für die Verteilung der Konkursmasse vor: An erster Stelle standen die Arbeitnehmer, dann kam der Staat bzw. das Finanzamt und dann erst folgten andere Gläubiger.¹⁰⁸

b. Das Gesetz flankierende Korrekturmaßnahmen

Neben den im Gesetz festgeschriebenen Schutzmechanismen sollten aber auch zusätzliche Maßnahmen bzw. Institutionen zur Abmilderung der Insolvenzproblematik beitragen. Eine Institution, die mit der vollen Gültigkeit des Konkursgesetzes an Bedeutung gewann, war die staatliche Konsolidační banka (KOB), die bereits im Februar 1991 gegründet worden war.¹⁰⁹ Im selben Jahr kaufte die KOB uneinbringliche Forderungen der Geschäftsbanken in Höhe von 125 Milliarden Kronen auf – dies entsprach etwa 10 % der gesamten Kreditenschuldenlast –, wobei dazu sowohl Forderungen aus der Zeit des Sozialismus als auch aus der Zeit danach zählten.¹¹⁰ Den Unternehmen, die nun bei der KOB verschuldet waren, wurde eine achtjährige Rückzahlungsfrist bei einem Zinssatz von 13 % eingeräumt.¹¹¹ Das Geld für den Aufkauf der Forderungen hatte sich die KOB von der Zentralbank sowie von einer Reihe anderer inländischer Banken zu günstigen Konditionen geliehen. Die Tatsache, dass die Zentralbank der KOB einen Zinssatz von 8,77 % gewährte – bei einer gleichzeitigen Inflationsrate von 12 % – zeigt, dass der Staat ein großes Interesse an der Umschichtung der Schulden hatte.¹¹² Durch diese Umschichtung wurde die KOB nämlich zum Gläubiger von etwa 80 % der mittleren und großen Betriebe in der Tschechischen Republik und war im Falle eines Konkursverfahrens eine feste Größe in den über das weitere Schicksal der insolventen Betriebe entscheidenden Gläubigerkomitees.¹¹³

Auch nach dem Inkrafttreten des novellierten Bankrotgesetzes im April 1993 wurde am staatlich finanzierten Aufkauf von Forderungen festgehalten. Die genaue Vorgehensweise war jedoch im Vorfeld kontrovers diskutiert

¹⁰⁸ Kupónová privatizace/Kupónová Privatizácia (List Centra Kuponové Privatizace), Kupónová privatizace v pohledu zákona o bankrotech, Číslo 14–Ročník III, 30.03.1993, S. 10.

¹⁰⁹ Die KOB existierte in dieser Form bis zum August 2001. Ihre Aufgaben (bzw. ihre Verbindlichkeiten) wurden danach von der neu gegründeten Česká konsolidační agentura übernommen (Židek, Transformace české ekonomiky (wie Anm. 12), S. 201.).

¹¹⁰ Die Summe der ‚alten‘ Kredite, die die KOB aufkaufte, war dabei deutlich höher. Sie belief sich auf 110 Milliarden Kronen (ca. 3,8 Milliarden US-Dollar), während die ‚neuen‘ Kredite etwa 15 Milliarden Kronen (0,5 Milliarden US-Dollar) ausmachten (Brom/Orenstein, The Privatized Sector (wie Anm. 25), S. 900 f.).

¹¹¹ Michal Mejstřík/James L. Burger, The Czechoslovak Large Privatization, in: John Heath (Hrsg.), Revitalizing socialist enterprise: a race against time, London 1993, S. 103–125, hier S. 123.

¹¹² Brom/Orenstein, The Privatized Sector (wie Anm. 25), S. 901.

¹¹³ Ebd.

worden. Aus der Sicht des Wirtschaftsministeriums sollte nur die KOB damit beauftragt werden, uneinbringliche Forderungen zu übernehmen. Der Nationale Vermögensfonds¹¹⁴ vertrat hingegen die Auffassung, dass auch private Unternehmen als Käufer auftreten sollten.¹¹⁵ Dazu kam es aber letztendlich nicht, sondern die KOB erhielt zum weiteren Aufkauf von Forderungen neun Milliarden Kronen aus den Mitteln des Nationalen Vermögensfonds.¹¹⁶ Langfristig konnte die Bank aber nur in einem begrenzten Ausmaß zum Abbau der Schuldenlast beitragen. Ein Teil der übernommenen Forderungen konnte trotz der sehr langen Rückzahlungsfrist nicht durchgesetzt werden, so dass diese nun zu einer Belastung für den Staatshaushalt wurden.¹¹⁷

Von staatlicher Seite bemühte man sich aber nicht nur um einen Abbau der Schulden, die Betriebe bei Banken angehäuften hatten, sondern auch um einen Abbau der Schulden, die zwischen den Betrieben bestanden. Im Mai 1993, also kurz nach der Novellierung des Bankrottgesetzes, wurde auf Initiative des Industrieministeriums eine Maßnahme ergriffen, mit der man zwar das Problem der Zahlungsunfähigkeit abmildern, aber gleichzeitig Konkurse vermeiden wollte: die computergestützte Aufrechnung von Forderungen und Verbindlichkeiten. Zu diesem Zweck wurde das Průmyslový zápočtový ústav (PZU) gegründet, das wiederum die privaten Firmen Creditax und Creditmanagement mit dem Tagesgeschäft beauftragte. An der Aufrechnung teilnehmen konnten grundsätzlich alle interessierten Unternehmen. Betriebe, die nach der Einreichung eines Konkursantrags eine außergerichtliche Einigung erreichen wollten, mussten sich sogar zur Teilnahme verpflichten.¹¹⁸

Bei der ersten Aufrechnungsrunde, die am 13. Juli 1993 abgeschlossen wurde, reichten Unternehmen Verbindlichkeiten in Höhe von 75 Milliarden Kronen und Forderungen in Höhe von 112,4 Milliarden Kronen ein. Durch die Aufrechnung getilgt wurden am Ende aber nur 10,2 Milliarden Kronen.¹¹⁹ Viele der an dieser ersten Aufrechnungsrunde beteiligten Betriebe waren der Meinung, dass der administrative und finanzielle Aufwand zu hoch gewesen sei, um eine neue Runde des aus ihrer Sicht zu uneffizienten Verfahrens einzuleiten. Desweiteren wurde, vor allem vonseiten von Wirtschaftsfachleuten, darauf verwiesen, dass Aufrechnungsmaßnahmen die Zahlungsmoral der Unternehmen nur noch weiter verschlechtern würden.¹²⁰

Dennoch entschloss sich die Regierung, eine zweite Aufrechnungsrunde zu starten, die am 15. September 1993 begann und am 29. Oktober 1993 abgeschlossen war und an der sich 2012 Unternehmen beteiligten. In dieser

zweiten Runde konnten etwa 8,8 Milliarden Kronen gegeneinander aufgerechnet werden, auch mit Hilfe des Nationalen Vermögensfonds, der 393 Millionen Kronen für den Ausgleich von Forderungen bereitstellte.¹²¹ Insgesamt fielen durch die beiden Aufrechnungsrunden Kosten von etwa einer Milliarde Kronen an – sowohl durch den administrativen Aufwand als auch durch Zahlungen zum Ausgleich von Restforderungen –, die ebenfalls vom Nationalen Vermögensfonds übernommen wurden.¹²²

c. Die ersten Monate nach dem Inkrafttreten: Reaktionen und Auswirkungen

Angesichts der im Gesetz enthaltenen Schutzmechanismen und angesichts der Korrektivmaßnahmen, die weiterhin zur Abwehr von (Massen-)Konkursen ergriffen wurden, wurde in der Presse die Kritik laut, dass die Einführung eines vollwertigen Gesetzes erneut aufgeschoben worden sei. Hinterfragt wurde, ob beispielsweise der Ausgleich als Alternative zum Konkurs eine geeignete Methode sei, um das Insolvenzproblem zu lösen. Es sei zweifelhaft, ob vom Konkurs bedrohte Unternehmen in der Lage seien, sich aus eigener Kraft aus der Zahlungsunfähigkeit zu befreien.¹²³ Von dem äußersten linken politischen Lager nahestehenden Medien wurde auch die Möglichkeit zur Gewährung einer Schutzfrist bemängelt: Es sei unwahrscheinlich, dass Unternehmen diese Frist nutzen würden, um ihre Finanzen zu konsolidieren. Man müsse eher damit rechnen, dass die Leiter der verschuldeten Betriebe versuchen würden, in dieser Zeit möglichst viel Vermögen an sich zu reißen (z. B. durch die Abzweigung von Geldern ins Ausland). Auch hielt man an der Prognose fest, dass das neue Gesetz zum Unterfang von 30 % der zahlungsunfähigen Unternehmen in der Tschechischen Republik führen würde.¹²⁴

Wie bereits in den Vorjahren gaben verschiedene Zeitungen auch Schätzungen darüber ab, welche Auswirkungen die volle Gültigkeit des Gesetzes auf die Arbeitslosigkeit haben würde. Prognostiziert wurde ein Anstieg der Arbeitslosenquote auf sieben, acht oder gar auf zehn Prozent.¹²⁵ Die Realität sah jedoch anders aus: Tatsächlich stieg die Quote zwischen 1993 und 1994 nur minimal an (von 4,3 auf 4,4 %) und sank in den beiden Folgejahren sogar wieder ab. Erst mit der ab 1997 beginnenden Rezession wuchs der Wert deutlich an und erreichte zur Jahrtausendwende die Zehn-Prozent-Marke.¹²⁶

Auch wenn die Angst vor einer Konkurswelle in den Medien – je nach politischer Ausrichtung mehr oder weniger – geschürt wurde, gibt es Anzeichen dafür, dass die tschechischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht in große Panik verfielen. Eine Umfrage eines Meinungsforschungsinstituts kurz nach der Verabschiedung des Konkursgesetzes ergab, dass 30 % der Befragten die

¹¹⁴ Zum Nationalen Vermögensfonds vgl. Anm. 94.

¹¹⁵ In diesem Zusammenhang wurde die Befürchtung geäußert, die KOB könne die Rolle einer staatlichen Planungskommission übernehmen. Zu den unterschiedlichen Positionen der staatlichen Akteure vgl. Hospodářské Noviny, O mechanismu vykupování pohledávek při bankrotech není dosud rozhodnuto, 01.06.93.

¹¹⁶ Ebd.

¹¹⁷ Holman, Transformace české ekonomiky (wie Anm. 5), S. 65.

¹¹⁸ Český Deník, Zápočty pohledávek sniží rizika bankrotů, 12.05.93.

¹¹⁹ Brom/Orenstein, The Privatized Sector (wie Anm. 25), S. 902.

¹²⁰ Ebd.

¹²¹ Hospodářské Noviny, Zápočty nebudou, legrace skončila a přijdou bankrot, říká V. Dlouhý, 26.10.93.

¹²² Brom/Orenstein, The Privatized Sector (wie Anm. 25), S. 902.

¹²³ Ekonom, Obávaný zákon nastupuje, 22.04.93, S. 71.

¹²⁴ Haló Noviny, S bankrot, 26.04.93.

¹²⁵ Hospodářské Noviny, Co víme o bankrotech, 22.04.93; Haló Noviny, S bankrot, 26.04.93; Hospodářské Noviny, Lze bankrot, „nastartovat“, 02.11.93.

¹²⁶ Orenstein, Out of the Red (wie Anm. 7), S. 59.

Zukunft ihres Arbeitgebers sowie ihre eigene Arbeitsplatzsicherheit positiv einschätzten. 40 % der Befragten hielten die Probleme ihres Arbeitgebers zwar für schwerwiegend, waren aber dennoch der Meinung, dass der Arbeitgeber die Probleme überwinden und sie ihren Arbeitsplatz behalten würden. 26 % hielten die Zukunft des Arbeitgebers und den eigenen Arbeitsplatz für unsicher und nur 4 % rechneten mit einem Konkurs und in der Folge mit der eigenen Arbeitslosigkeit.¹²⁷

Tatsächlich kam es in der Tschechischen Republik auch nach der Novellierung des Gesetzes nicht zu einer Kettenreaktion – die Regierung hatte in dieser Hinsicht also ihre politische Zielsetzung erreicht, wenn auch um den Preis eines klaren Abweichens von ihrer markoliberalen Reformrhetorik. In den ersten drei Wochen nach dem Inkrafttreten der Novelle wurden z. B. am Kreishandelsgericht in Prag lediglich 17 Anträge auf ein Konkursverfahren eingereicht.¹²⁸ Weitere drei Wochen später war man bei 34 Anträgen angelangt.¹²⁹ Insgesamt vervierfachte sich zwar die Zahl der Konkurse zwischen den Jahren 1993 und 1994¹³⁰, doch betrafen diese vor allem kleinere insolvente Betriebe. Die meisten größeren zahlungsunfähigen Unternehmen galten weiterhin als ‚too big to fail‘ und erhielten von den Banken immer wieder Aufschübe für ihre Rückzahlungen. Dies hatte zur Folge, dass es erst durch die Rezession am Ende der 1990er Jahre zu Konkursen bei einigen großen Industriebetrieben, inklusive der bis zu diesem Zeitpunkt unterdrückten negativen Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt, kam.¹³¹

Einen Monat nach dem Inkrafttreten des Gesetzes machte auch die Presse darauf aufmerksam, dass sich die Befürchtung, es werde zu massenhaften Konkursen kommen, bislang nicht bewahrheitet habe.¹³² Dies war aber, vor allem aus der Sicht der eher wirtschaftsliberal ausgerichteten Blätter, kein Anlass zur Freude. So führten beispielsweise die *Hospodářské Noviny* an, dass das Ausbleiben von Unternehmenspleiten – und damit auch das Ausbleiben eines wirtschaftlichen Gesundungsprozesses – zwei Ursachen habe: Die kleinere Rolle spiele das ökonomische Taktieren der Gläubiger, die befürchteten, dass ein Konkurs des Schuldners ihnen mehr schade als den Schuldner immer weiter ‚am Leben‘ zu erhalten. Eine deutlich größere Rolle spiele jedoch die Furcht der Regierung vor einem massiven Anstieg der Konkurszahlen. Die Ausgestaltung des Gesetzes sowie die flankierend ergriffenen Korrekturmaßnahmen zeugten davon, dass der Staat weiterhin als ‚Kümmerer‘ auftrete. Der Druck auf

die verschuldeten Unternehmen, etwas an ihrem Verhalten zu verändern, bleibe deshalb zu gering.¹³³

Die Sicht der Regierung auf ihre Rolle als ‚Kümmerer‘ und auf die Ausrichtung ihrer Konkurspolitik war eine andere, zumindest in den ersten Monaten nach dem Inkrafttreten des Gesetzes. Der Wirtschaftsminister Karel Dyba verwies darauf, dass mit der Novelle die Aufgabe der Regierung nicht ende – dies sei nur in einem Land möglich, in dem schon seit langer Zeit marktwirtschaftliche Bedingungen gelten. Zwar sei man nicht dazu in der Lage, alle vom Konkurs bedrohten Unternehmen mit Haushaltsmitteln zu sanieren, doch liege es durchaus im Interesse der Regierung, einzelne Unternehmen aus strategischen und sozialen Gründen überleben zu lassen.¹³⁴ Auch der Aufsichtsratsvorsitzende des Nationalen Vermögensfonds Tomáš Ježek bekräftigte, dass in naher Zukunft nicht mit einer großen Bankrottelle zu rechnen sei und dass dies auch nicht im staatlichen Interesse liege.¹³⁵

4. Trotz des ‚vollwertigen‘ Konkursgesetzes: Fortbestehen der Insolvenzproblematik und gescheiterte Lösungsversuche

Nachdem die tschechische Regierung in den ersten Monaten nach der Verabschiedung der Novelle noch weitgehend von der Wirksamkeit des eigenen Vorgehens überzeugt zu sein schien, deutete sich bereits im Herbst 1993 ein Stimmungswechsel an. Angesichts der Tatsache, dass sich das Ausmaß der Insolvenz in den vergangenen Monaten kaum reduziert hatte und dass auch die Zahl der Konkursverfahren nicht deutlich angestiegen war, erkannte insbesondere das Industrieministerium einen erneuten Handlungsbedarf. Ende September 1993, also ein knappes halbes Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, verkündete der stellvertretende Industrieminister Radomír Sabela, es sei „höchste Zeit darüber nachzudenken, wie man die Bankrotte der Unternehmen einleiten kann, die einem Großteil ihrer Zahlungsverpflichtungen nicht erfüllen.“¹³⁶

Mitte Oktober 1993 äußerte sich Sabela erneut: Der Bankensektor sei nun darauf vorbereitet, in naher Zukunft Konkurse insolventer großer und mittlerer Unternehmen zu initiieren, um so auch weitere Konkurse auszulösen.¹³⁷ Ein solches Vorgehen der Banken wäre auch aus Sicht des Finanzminister Ivan Kočárník zu begrüßen gewesen.¹³⁸ Ende Oktober 1993, nachdem die zweite Aufrechnungsrunde abgeschlossen war, meldete sich schließ-

¹²⁷ Umfrage des Institut pro výzkum veřejného mínění vom April 1993, zit. nach Český Deník, Bankrot odběratelů odhožují třetinu podniků, 04.05.93 [keine Angaben zu Zahl der Befragten etc. im Artikel].

¹²⁸ Český Deník, Zápočty pohledávek snížila rizika bankrotů, 12.05.93.

¹²⁹ Český Deník, Ostrava bez bankrotů, v Praze zatím 34 bankrotů, 02.06.93.

¹³⁰ Robert Daubner, Verfassungsumwandlung, Privatisierung und Privatrechtskodifikation in der Tschechischen Republik, Berlin 1997, S. 221.

¹³¹ Holman, Transformace české ekonomiky (wie Anm. 5), S. 68.

¹³² Vgl. hierzu z.B.: Hospodářské Noviny, Stát se stará, 26.5.93.

¹³³ Hospodářské Noviny, Stát se stará, 26.5.93.

¹³⁴ Ekonom, Bankroty buší na dveře, 27.05.93, S. 41.

¹³⁵ Český Deník, Vlna bankrotů v nejbližší době nestane, trvá Ježek, 20.7.93.

¹³⁶ „Je nejvyšší čas se zamyslet nad tím, jak nastartovat bankroty těch podniků, které neplní zejména své závazky.“, zit. nach Hospodářské Noviny, Nastartují banky proces bankrotů, 24.09.93.

¹³⁷ Hospodářské Noviny, Banky zřejmě budou iniciovat bankroty, 15.10.93.

¹³⁸ Kočárník wurde in Bezug auf die Banken und eine von ihnen gesteuerte Bankrottelle mit den folgenden Worten zitiert: „Wenn sie sich dazu endlich entschließen würden, würde ich Gott sei Dank sagen.“ („Když se k tomu konečně odhodlaly, já bych řekl zaplať pánbůh.“), zit. nach Haló Noviny, Banky rozpoutají bankroty, 19.10.93.

lich auch Industrieminister Vladimír Dlouhý selbst zu Wort. Auf einer Pressekonferenz ließ er die Öffentlichkeit wissen, dass nun die Zeit der Bankrotte gekommen sei: „Jetzt endet der Spaß. Vonseiten des Staates sind schon alle grundlegenden Sanierungsschritte, z. B. Aufrechnungen, angewendet worden.“¹³⁹

Dass diese Aussage ‚schlimmer‘ klang als sie gemeint war – hier offenbart sich sehr deutlich die Kluft zwischen Rhetorik und tatsächlicher Politik –, lässt sich jedoch aus der nachfolgenden Ankündigung Dlouhýs herauslesen. Er gab bekannt, dass Wirtschafts-, Industrie und Finanzministerium eine Bankrottkommission gebildet hätten, um das weitere Geschehen genau im Blick zu behalten und zu kontrollieren.¹⁴⁰ Auch Dlouhýs Stellvertreter Sabela betonte, dass die Zahl der Konkurse zwar ansteigen werde, dass die Regierung aber weiterhin bereit sei, Maßnahmen gegen eine massenhafte und unkontrollierte Entwicklung in dieser Hinsicht zu ergreifen, z. B. in Form von Aufkäufen von Forderungen.¹⁴¹ Dem ‚Spaß‘ ein endgültiges Ende setzen konnte bzw. wollte die Regierung also allem Anschein nach doch nicht.

Die Gratwanderung der Regierung, die zwar einerseits Konkurse herbeirief, aber andererseits negative soziale Auswirkungen verhindern wollte, thematisierte auch Präsident Václav Havel. Aus seiner Sicht war das novellierte Konkursgesetz ein erforderliches Mittel, um einen Stillstand im Unternehmenssektor zu vermeiden. Alleine die Bedrohung durch Konkurse, so Havel, könne bereits positive Auswirkungen auf die gesamte Wirtschaft haben. Er zeigte sich zuversichtlich, dass die Regierung einen Weg finden würde, Konkurse zu initiieren und gleichzeitig negative soziale Auswirkungen minimal zu halten.¹⁴²

Das de facto nur halbherzige Rufen der Regierung nach mehr Konkursen wurde von den weit links stehenden Haló Noviny durchweg negativ kommentiert. Es gebe aktuell „komische, völlig verzerrte Sichtweisen darauf, was gut sei und was schlecht.“ Zwar seien Bankrotte ein normales Phänomen in einer Marktwirtschaft, doch würden Regierungen sich in der Regel darum bemühen, deren Zahl auf einem Minimum zu halten. Die tschechische Regierung hingegen wolle einen Dominoeffekt bewusst herbeiführen bzw. sie spiele bewusst mit diesem Bedrohungsszenario, um den ins Stocken geratenen Privatisierungsprozess wieder zu beschleunigen. Die Strategie der Regierung sei es, so die Haló Noviny, schlecht laufende Betriebe, die bislang keinen Abnehmer gefunden hatten, für äußerst geringe Summen zu verkaufen. Die sozialen Folgen, insbesondere ein massiver An-

stieg der Arbeitslosenzahlen, würden dabei in Kauf genommen.¹⁴³

Eine gänzlich andere Perspektive auf die Ankündigungen der Regierung hatten die Hospodářské Noviny. Ihrer Ansicht nach war es auch nach den Äußerungen von Sabela, Kočárník und Dlouhý nicht zu erwarten, dass es in Kürze zu einer Konkurswelle kommen würde. Das Verhalten der Geschäftsbanken spreche nämlich weiterhin dafür, dass diese Konkursverfahren als letztes Mittel der Wahl erachteten. Eine von den Banken initiierte Kettenreaktion würde demnach aller Wahrscheinlichkeit nach nicht eintreten. Für die Hospodářské Noviny waren dies aber keine schlechten Aussichten. Zwar seien Konkurse ein wichtiges Mittel, um in einer Marktwirtschaft Disziplin und Ordnung aufrechtzuerhalten, jedoch könne eine solche Entwicklung weder von der Politik herbeigerufen werden noch sei sie das passende Instrument, um sämtliche ökonomischen Probleme des Landes zu lösen.¹⁴⁴ Dieselbe Sichtweise vertrat auch ein von den Hospodářské Noviny interviewter Direktor einer tschechischen Investmentfirma. Er betonte, dass mit einer Kettenreaktion weder in diesem noch im nächsten Jahr zu rechnen sei, da eine solche Entwicklung für die Banken viel zu riskant wäre.¹⁴⁵

Tatsächlich zeigte sich recht schnell und eindeutig, dass die Banken an einer massenhaften Einleitung von Konkursen nicht interessiert waren. Als Reaktion auf die weiter oben angeführten Aussagen aus dem Industrie- und dem Finanzministerium, ließen die Vertreter einiger großer Banken in der Presse verlautbaren, dass es kein gesetzliches Mittel gebe, mit dem die Regierung sie dazu zwingen könne, eine Konkurswelle zu initiieren. Man sei grundsätzlich bereit, praktische Implikationen des novellierten Gesetzes mit der Regierung zu diskutieren. Einen möglichen sprunghaften Anstieg der Konkurszahlen würde man zwar nicht verhindern, aber keine eigenen Schritte ergreifen, um eine solche Entwicklung auszulösen. Einen Konkurs erachte man nämlich weiterhin als letztes Mittel, um die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens zu beenden.¹⁴⁶ Weiterhin wurde darauf verwiesen, dass die Regierung nicht davon ausgehen könne, dass durch Konkurse Gelder freigesetzt würden, die dann wieder zur Unterstützung erfolgsversprechender Projekte verwendet werden könnten. Darüber hinaus gebe es kein tragfähiges Konzept, um eine Kettenreaktion in sozialer Sicht aufzufangen. Dies sei aber unerlässlich, wenn man eine nachhaltige Veränderung der Situation herbeiführen wolle.¹⁴⁷

Nun lag es wiederum an der Regierung, eine Antwort auf die ablehnende Reaktion der Banken zu finden – und diese Antwort zeigte deutlich, dass das verhaltene Rufen nach einer Konkurswelle bzw. der Versuch, deren Initiierung auf die Banken abzuwälzen, bereits der Vergangen-

¹³⁹ „V současné době končí legrace. Všechny základní sanační kroky (např. zápočty) již byly ze strany státu učiněny.“, zit. nach Hospodářské Noviny, Zápočty nebudou, legrace skončila a přijdou bankrotty, říká V. Dlouhý, 26.10.93.

¹⁴⁰ Haló Noviny, Vládní bankrotová komise, 26.10.93; Český Deník, Vláda by měla iniciovat vlnu bankrotů, 26.10.93.

¹⁴¹ Hospodářské Noviny, Zápočty nebudou, legrace skončila a přijdou bankrotty, říká V. Dlouhý, 26.10.93.

¹⁴² Hospodářské Noviny, Prezident věří, že bankrotty ekonomice pomohou, 01.11.93; Český Deník, Podle prezidenta hrozba bankrotů příznivě ovlivní celou ekonomiku, 01.11.93.

¹⁴³ Haló Noviny, Banky rozpoutají bankrotty, 19.10.93.

¹⁴⁴ Hospodářské Noviny, Pouštění žilou, 19.10.93.

¹⁴⁵ Hospodářské Noviny, České ekonomice bankrotty ve velkém zřejmě v nejbližší době nehrozí, 20.12.93.

¹⁴⁶ Český Deník, Vláda nemůže nařídít bankám, aby spustily vlnu bankrotů, 27.10.93.

¹⁴⁷ Hospodářské Noviny, Lze bankrotty ‚nastartovat‘?, 02.11.93.

heit angehörten. Während man im Herbst 1993 noch bekräftigt hatte, eine von den Banken initiierte Bankrottelle stehe kurz zuvor, äußerte sich Finanzminister Kočárník schon gegen Ende desselben Jahres wie folgt: „Bankrotte sind vor allem Angelegenheiten der Banken, der Staat hat damit nichts zu tun.“¹⁴⁸ In einem Interview mit den *Hospodářské Noviny* führte er außerdem aus, dass die Finanzämter nur dann ein Interesse hätten, ein Konkursverfahren einzuleiten, wenn die Zahlungsunfähigkeit eines Betriebes von dauerhafter Natur sei. Bei einer lediglich vorübergehenden Insolvenz gelte für den Staat derselbe Leitsatz wie für die Banken: „Kein Schäfer, der Wolle haben will, zieht dem Schaf die Haut ab.“¹⁴⁹

V. Zusammenfassung und Fazit

Der langwierige, zum Teil von inneren Widersprüchen geprägte Entstehungsprozess eines ‚vollwertigen‘ tschechischen Konkursgesetzes zeigt, wie schwierig es für die tschechische Regierung war, ihre marktliberalen Reformkonzepte, die sie oftmals auch mit markigen Worten nach außen vertrat, auf ihr reales politisches Handeln zu übertragen. Das Eingehen eines „sozial-liberalen Kompromisses“¹⁵⁰, in diesem Fall mit deutlichem Übergewicht der sozialen Komponente, lässt sich in vielfacher Hinsicht ablesen: Zuerst hielt die Regierung die (halb-) staatlichen Banken zu einer lockeren Kreditpolitik an, wobei hinter diesem Agieren sowohl privatisierungs- als auch arbeitsmarktpolitische Erwägungen standen – dies ist, zumindest aus wirtschafts- und sozialwissenschaftlichen Perspektiven, auch umfassend erforscht worden.

Eine neue Facette der für die frühen 1990er Jahre typischen Kluft zwischen Rhetorik und Politik zeigt sich, wenn man das immer weiter ausufernde Insolvenzproblem sowie die diesbezügliche gesetzgeberische Strategie betrachtet. Einblicke in diese Entwicklung lassen sich, das haben die obenstehenden Ausführungen gezeigt, vor allem aus der zeitgenössischen Presseberichterstattung gewinnen. Ein wichtiger Befund ist, dass eine erste Version des Konkursgesetzes, die Konkurse nur unter sehr eng definierten Umständen ermöglichte, deutlich länger in Kraft war als ursprünglich geplant. Von Bedeutung ist auch, dass das Hinauszögern einer strengeren Regelung letztlich auf Initiative der Regierung geschah, welche auch kein Problem hatte, zu ihrer aktiven Rolle bei der Verhinderung von Konkursen zu stehen. Während die gesellschaftliche Akzeptanz für dieses Vorgehen weitgehend gegeben war – das Interesse, den eigenen Arbeitsplatz nicht zu verlieren, war logischerweise hoch –, gab es auch Stimmen, sowohl auf der Ebene staatlicher Institutionen als auch vonseiten der Wissenschaft, die die Verzögerungstatik der Regierung kritisierten.

Ein Ende dieser Verzögerungstaktik war scheinbar im Frühjahr 1993 gekommen, als mit der Novellierung des

Gesetzes auch dessen volle Gültigkeit eintrat. Bei genauerer Betrachtung zeigte sich jedoch – dies erkannten auch zeitgenössische Beobachter –, dass diese Regelung weiterhin Mechanismen enthielt und von Maßnahmen begleitet wurde, die ein massenhaftes Auftreten von Konkursen verhindern sollten (und es de facto auch taten). Der nachfolgende Versuch der Regierung, die Initiierung einer Konkurswelle auf die Banken abzuwälzen, spielte sich in erster Linie auf verbaler Ebene ab und hatte keine konkreten Maßnahmen zur Folge.

Die Strategie der ODS-geführten Regierung¹⁵¹, Konkurse und ihre negativen Folgen weitestgehend zu vermeiden, war aus einer machtpolitischen Perspektive sicherlich zielführend (zumindest für einige Jahre): Zwar stand diese Strategie im klaren Widerspruch zum marktliberalen Programm, bedingte aber gleichzeitig eine relative wirtschaftliche und in der Folge auch eine politische Stabilität, durch die sich die Tschechische Republik von anderen Transformationsländern in der Region unterschied. Erst ab der Mitte der 1990er Jahre erwies sich die Vorgehensweise der ODS als immer weniger wirksam: Langfristig betrachtet war die hohe Zahl notleidender Kredite ein entscheidender Faktor, der eine Bankenkrise verursachte. Diese führte, im Zusammenspiel mit einer Vielzahl anderer krisenhafter Entwicklungen, zur Abwahl der von der ODS geführten Regierungskoalition.

Insgesamt lässt sich am Beispiel des Konkursgesetzes aber nicht nur zeigen, dass die tschechische Regierung auch in diesem konkreten Fall einen sozial-liberalen Kompromiss eingegangen war. Angesichts des komplexen Aushandlungsprozesses, der den Gesetzgebungsprozess begleitete, kann auch weiterüberlegt werden, inwieweit dieser Kompromiss primär als ein Indiz für einen tschechischen Sonderweg zu betrachten ist. Zwar stimmt es, dass sich die Kluft zwischen Rhetorik und Politik in Tschechien der frühen 1990er Jahre eindeutiger identifizieren lässt als in anderen Ländern der Region. Richtig ist aber ebenso, dass diese Kluft, zumindest zum Teil, das Ergebnis eines kontingenten, für demokratische Systeme typischen Prozesses war – das ergibt sich zum Beispiel aus der Analyse des Zustandekommens der Konkursgesetzes.

Unter den ‚neuen‘ demokratischen Umständen waren die ODS und ihre Koalitionspartner schlichtweg nicht in der Lage und de facto auch nicht willens, ihr politisches Programm vom Papier in die politische Praxis zu übertragen. Vielmehr ergab sich ihre Politik aus einem komplexen Austarieren zwischen den Interessen verschiedener Stakeholder – seien es einzelne Ministerien innerhalb der Regierung, oppositionelle Kräfte, andere staatliche Institutionen, das Bankwesen, die Presse oder die Bevölkerung. Ein Deutungsansatz, der sich nicht auf das nachträgliche Feststellen einer rhetorisch-politischen Kluft und eines daraus folgenden tschechischen Sonderwegs beschränkt, sondern der darauf Wert legt, demokratische Aushandlungsprozesse nachzuzeichnen und zu interpretieren, birgt nicht nur im Hinblick auf das Konkursgesetz

¹⁴⁸ „Bankrotty jsou hlavně záležitostí bank, stát v nich nemá co dělat.“, zit. nach *Hospodářské Noviny*, Bankrotty jsou hlavně záležitostí bank, stát v nich nemá co dělat, 28.12.93

¹⁴⁹ „Žádný ovčák, který chce mít vlnu, nesvlékne ovci kůži.“, zit. nach ebd.

¹⁵⁰ Orenstein, *Out of the Red* (wie Anm. 7), S. 62.

¹⁵¹ Zur Rolle bzw. Regierungsbeteiligung der ODS vgl. Anmerkung 44.

ein wesentliches historisches Erkenntnispotential. Ihn auch auf andere Teilbereiche der tschechischen Transfor-

mation anzuwenden, kann einen Beitrag zur Historisierung des gesamten Prozesses leisten.

Debatte: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts – Eine Betrachtung arzthaftungsrechtlicher und arztstrafrechtlicher Entscheidungen im Zeitraum von 1918 bis 1945

Lucia Walter

I. Einleitung

Im Februar 2013 verabschiedete der Bundestag ein neues Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, das sogenannte Patientenrechtegesetz. Dieses Artikelgesetz beinhaltet u.a. eine Vielzahl von Neuerungen das Arzt-Patienten-Verhältnis betreffend. Der „Behandlungsvertrag“ stellte bereits vor der Normierung in § 630a BGB die rechtliche Grundlage dieser höchstpersönlichen Beziehung dar. Mit der Stellung im BGB bestätigt der Gesetzgeber die bisherige Auffassung in Rechtsprechung¹ und Literatur², dass es sich bei dem Behandlungsvertrag um eine spezielle Form des Dienstvertrags handelt.³ Demzufolge schuldet der Behandler gegenüber dem Patienten keinen Erfolg, sondern vielmehr eine Behandlung *lege artis*. Begründet wird dies mit den Besonderheiten des menschlichen Körpers, der es nicht zulässt, dass eine Heilung am lebenden Organismus garantiert werden kann bzw. darf.⁴

Eine Argumentation, die nicht nur im 21. Jahrhundert überzeugt. Die folgende Aussage entstammt einem Urteil des Reichsgerichts vom 1.3.1912 und ist einer der am häufigsten zitierten Ausschnitte der erarbeiteten Analyse der Rechtsprechung des Reichsgerichts von 1918-1945 bezüglich des Arzthaftungs- und Arztstrafrechts: „[...] auch der geschickteste Arzt [arbeitet] nicht mit der Sicherheit einer Maschine, daß trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt des Operators, ein Griff, ein Schnitt oder Stich mißlingen kann, der regelmäßig auch dem betreffenden Arzt selbst gelingt.“⁵ Die Entscheidung enthält demnach Grundsätze, die uns auch aus der gegenwärtigen Rechtsprechung bekannt sind. Es scheint, als würde sich die Judikative zum Teil an früherer Rechtsprechung orientieren und sie in ihre heutigen Urteile miteinfließen lassen. Ob diese Vermutung ihre Berechtigung verdient, gilt es zu analysieren.

Das Reichsgericht bestand von 1879 bis 1945 mit Sitz in Leipzig. Die wohl politisch spannendsten aber auch erschreckendsten Epochen waren die Weimarer Republik und im Besonderen die Zeit des Dritten Reiches. Die Rolle des Reichsgerichts in zivil- und strafrechtlicher

Hinsicht wird seither kontrovers diskutiert. Infolge mehrerer Analysen der Gerichtspraxis sehen einige das Reichsgericht - insbesondere aufgrund der Zeit des Nationalsozialismus - als „peinliches Erbe“⁶, andere sprechen dem obersten Gericht eine eher zurückhaltende Stellung bezüglich politischer Einflüsse zu.⁷ Eine spezifische Untersuchung des Gerichtsalltags am Reichsgericht in Bezug auf Arzthaftungs- und Arztstrafrecht wurde bisweilen noch nicht vorgenommen. Gegenstand dieser Arbeit ist es daher, die Haltung des Reichsgerichts hinsichtlich der beiden Themenschwerpunkte anhand einer Analyse der Entscheidungen herauszukristallisieren. Insbesondere soll untersucht werden, inwieweit das Reichsgericht politischen Einflüssen unterlag und ob sich dies in den Entscheidungen niederschlug.

Ein weiteres Ziel der Abhandlung ist es, zu untersuchen, ob unsere heutigen arzthaftungs- und arztstrafrechtlichen Grundsätze auf die Rechtsprechung in der Weimarer Republik und im Dritten Reich zurückgehen oder, ob sie bereits früher entwickelt und zu Zeiten politischer Umbrüche womöglich abgeändert wurden. Über welche Haftungsinstitute, Anspruchsgrundlagen und Straftatbestände musste das Reichsgericht entscheiden? Welche Parteien waren in der Regel an einem solchen Verfahren beteiligt und zu wessen Gunsten wurde, aus welchen Gründen entschieden? Ist womöglich eine politisch geprägte Linie des Reichsgerichts erkennbar?

Für die Analyse wurden Entscheidungen des Reichsgerichts von der Novemberrevolution am 9.11.1918 bis hin zum Tag der bedingungslosen Kapitulation am 8.5.1945 untersucht. Insgesamt konnten 103 Entscheidungen ausgewertet werden. Diese Entscheidungen entstammen teilweise den RGZ. und RGSt. Bänden. Diese lieferten in der Summe nur 41 brauchbare Urteile, weswegen weitere Quellen hinzugezogen wurden. Neben diversen Zeitschriften wie die Juristische Wochenzeitschrift, die Deutsche Medizinische Wochenschrift, die Deutsche Justiz und die Höchstrichterliche Rechtsprechung dienten ebenso die Sammlungen von Schubert/Glückner und Otto Warneyer als Auswertungsmaterial.

Dieses Material spiegelt nur die Entscheidungen wider, welche der Gerichtshof sowie die Reichsanwaltschaft beziehungsweise die jeweiligen Redaktionen für die Veröffentlichung vorgesehen haben. Generell kann davon aus-

¹ U.a. BGHZ 47, 75 ff.; 63, 306 ff.; 97, 273, 277.

² U.a. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 99; Starzer, Fischinger, Hofer, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2018, § 611a Rn. 1; Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rn. 9.

³ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

⁴ BT-Drs. 17/10488, S. 17.

⁵ RGZ 78, 432 (435).

⁶ Kaul, S. 9.

⁷ Rüping, in: Jasper/Majer/Oldenhege/Rüping/Sellert, Justiz und Nationalsozialismus, S. 107f.

gegangen werden, dass das Reichsgericht vor allem Urteile veröffentlichte, die zum Beispiel Neuerungen infolge einer geänderten Gesetzeslage⁸ enthielten. Dementsprechend wurden Entscheidungen, die eine schon bestehende und gefestigte Rechtsprechung wiedergaben, zumeist nur veröffentlicht, um mögliche Unterschiede in den jeweiligen Entscheidungen aufzuzeigen.⁹ Der Analyse der Rechtsprechung vorangestellt ist ein Einblick in die Stellung des Arztes innerhalb des damaligen Gesundheitssystems. Das Aufzeigen der gesetzlichen und in der Literatur vertretenen Grundzüge soll dem besseren Verständnis der Auswertung dienen.

II. Die Stellung des Arztes im Betrachtungszeitraum

1. Das Verständnis des Arztberufes in der Weimarer Republik und im Dritten Reich

Der Beruf des Arztes wurde und wird noch immer in weiten Bevölkerungskreisen als ehrenwert angesehen. Zur Zeit der Weimarer Republik war dies nicht anders. Die Mehrheit der Ärzte verstand sich als zu einem freien, sittlich geprägten und hochgebildeten Berufsstand gehörig.¹⁰ Dennoch unterfiel die Ärzteschaft zu Teilen der GewO¹¹, wodurch eine gewisse Nähe zu gewerbetreibenden, gewinnorientierten Berufen suggeriert wurde. Gegen diese Darstellung wehrte sich insbesondere *Ebermayer* vehement: „[...] als hätte der ärztliche Beruf etwas mit dem Beruf des Gewerbetreibenden zu schaffen.“¹² Der bestehende Charakter des Arztberufes sollte trotz zunehmender Ärzteschaft und zahlenden Patienten daher beibehalten werden.¹³

Die gesetzliche Ablösung von der GewO erfolgte durch die Reichsärzteordnung vom 13.12.1935.¹⁴ Gem. § 1 II der Verordnung war der Beruf des Arztes kein Gewerbe. § 1 I klassifizierte die ärztliche Tätigkeit als eine öffentliche Aufgabe, welche die Gesundheit des Einzelnen sowie des gesamten deutschen Volkes zum Ziel hat. Ferner manifestierte § 19 RÄO, dass der Arzt auf die Erhaltung und Hebung des Erbgutes sowie der deutschen Rasse hinzuwirken hat.

Das Gesetz erfüllte damit einerseits die Bestrebungen der Ärzte nicht mehr – wenn auch nur augenscheinlich – als Gewerbetreibende angesehen zu werden¹⁵. Bedeutender ist aber, dass dem einzelnen Arzt eine relevante Rolle innerhalb des nationalsozialistischen Systems zu geschrieben wurde. Der Arzt sollte nunmehr durch die Hebung des Erbgutes der Stärkung der ideologischen Zielsetzung dienen. Ob innerhalb der Ärzteschaft eine grundlegende Unterstützung oder Abneigung der geänderten Position gelebt wurde, lässt sich nur schwer analysieren. Dennoch steht fest, dass der Arzt bei einigen medizinischen Ent-

scheidungen per Gesetz einer freien und sittlich geprägten Berufsausübung zunehmend entrückte.

2. Die Rechtsbeziehung zwischen Arzt und Patienten

Der Arzt befindet sich heutzutage in mehreren Vertragsverhältnissen. Neben den Beziehungen zu Krankenkassen sowie der Kassenärztlichen Vereinigung stellt das Verhältnis zu dem jeweiligen Patienten das wohl wichtigste dar.

a. Vertragsart

Ebermayer klassifizierte die Beziehung zwischen Arzt und Patient bereits Anfang des 20. Jahrhunderts grundsätzlich als einen Dienst- und nicht als Werkvertrag.¹⁶ Dieser Ansicht folgte das Schrifttum weitgehend.¹⁷ Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient wurde somit dem bürgerlichen Recht zugeordnet und erfuhr auch durch § 1 I 1 der Reichsärzteordnung von 1935 keine diesbezügliche Änderung.¹⁸ Der Arztvertrag konnte ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen werden, indem der Patient um Behandlung bat und der Arzt dieser Bitte durch Übernahme der Behandlung nachkam.¹⁹ Aus dem Charakter des Vertrages konnte geschlussfolgert werden, dass der Arzt keinen Erfolg, sondern lediglich eine sachgemäße Durchführung der Behandlung schuldete.²⁰

b. Haftungsinstitute und deren Voraussetzungen

aa. Ärztliche Haftung

In der Weimarer Republik und im Dritten Reich gab es insgesamt drei mögliche zivilrechtliche Haftungsinstitute.²¹ Einerseits konnte dem Patienten ein Anspruch aus Vertrag oder, was seltener vorkam aus Geschäftsführung ohne Auftrag zugesprochen werden. Andererseits konnte er parallel Ansprüche aus §§ 823ff. BGB gegenüber dem Arzt geltend machen.²² Die Tatbestände der Institute können dem jeweiligen Gesetzeswortlaut entnommen werden. Stark verallgemeinert haftete der Arzt unter folgenden Voraussetzungen. Die vertragliche Haftung erforderte zunächst einen Arztvertrag zwischen Patienten und Arzt. Hinzukommen musste ein sogenannter Kunstfehler oder auch ein eigenmächtiger Eingriff²³ sowie das widerrechtliche Verhalten und Verschulden des Arztes gem. § 276 BGB bzw. bei deliktischer Haftung gem. § 823 I BGB. Die entstandene Rechtsgutsverletzung und der Schaden mussten Folge des vom Arzt verschuldeten Kunstfehlers sein.²⁴ Bezüglich des fahrlässigen Verschuldens wurde – im Gegensatz zu strafrechtlichen Grundsätzen – ein objektiver Maßstab angelegt.²⁵

Der Begriff des Kunstfehlers definierte sich als ein Ver-

⁸ RGSt 61, 242.

⁹ RGSt 61, 242.

¹⁰ Moser, S. 48ff., mit weitergehenden Verweisen.

¹¹ Kaufmann, JW 1932, S. 3302.

¹² *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S. 9.

¹³ Moser, S. 50f.

¹⁴ RGBl. I, 1433.

¹⁵ Kallfelz, JW 1936, S.1343.

¹⁶ *Ebermayer*, Verantwortlichkeit des Arztes für Kunstfehler, 1918, S. 2.

¹⁷ Ausführlich: Bornmann, 1928, S. 3ff, Staudinger, BGB-Kommentar Band II, Vorbm. V 1, S. 701, Revidierung der früheren Ansicht als Vertrag sui generis.

¹⁸ RGZ 151, 349, 352.

¹⁹ *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, 1930, S. 72.

²⁰ König, S. 5.

²¹ Bornmann, S. 3.

²² *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S. 88.

²³ *Ebermayer*, Arzt und Patient, S. 81.

²⁴ Noras, S. 6.

²⁵ *Ebermayer*, Verantwortlichkeit des Arztes für Kunstfehler, S. 38.

halten des Mediziners, welches den anerkannten Regeln in der Wissenschaft widersprach, wobei lediglich die objektive Bewertung eines Zustands, unabhängig von einer juristischen Perspektive, gemeint war.²⁶ Er ähnelt demzufolge unserem heutigen, weitergefassten Begriff des Behandlungsfehlers.²⁷ Der Anspruch des Patienten war gemäß den Rechtsfolgen der Anspruchsgrundlagen vorwiegend auf die Zahlung von Schadensersatz gerichtet. Ferner konnte auch Schmerzensgeld gem. § 253 iVm § 847 BGB als Nichtvermögensschaden verlangt werden.²⁸

bb. Haftung für Hilfspersonen

Der Arzt haftete neben seinem Verschulden auch für das Verhalten seiner Hilfspersonen gem. § 278 BGB. Als Äquivalent in der deliktischen Haftung diente § 831 BGB als Anspruchsgrundlage für eigenes Verschulden des Geschäftsherrn²⁹. Wer als Erfüllungsgehilfe- bzw. Verrichtungsgehilfe angesehen wurde, hing vom Einzelfalle ab. In der Regel gehörte hierzu das medizinische Hilfspersonal, das z.B. delegationsfähige Aufgaben übernahm und so im Wirkbereich des Arztes tätig wurde.

cc. Haftung des Krankenhauses

Ein zweiter möglicher Schuldner war das Krankenhaus. Dieses konnte privat- oder öffentlich-rechtlich organisiert sein. Je nach Rechtsform wurde in der Regel³⁰ ein Vertrag entweder mit dem Krankenhaus oder mit dem jeweiligen Arzt geschlossen, falls ihm beispielsweise die Privatklinik gehörte.³¹ Der Arzt einer Privatklinik haftete unverändert für eigenes Verschulden und gem. § 278 BGB für seine Erfüllungsgehilfen sowie aus unerlaubter Handlung. Ein öffentlich-rechtliches Krankenhaus, sei es nun staatlich oder städtisch, haftete als juristische Person gem. §§ 31, 89 BGB für seine Organe³² sowie Hilfspersonen gem. § 278 BGB. Dem Patienten stand zudem oftmals ein Anspruch aus § 831 BGB zu.³³ Fungierte der Arzt als Beamter - wurde er also als verfassungsmäßig berufener Vertreter tätig - konnte sich der Patient ihm gegenüber lediglich auf § 839 BGB berufen, in allen anderen Fällen blieb ihm § 823 BGB als deliktische Haftungsgrundlage.³⁴ Durch § 839 BGB erfuhren die darunter gefassten Ärzte diverse Privilegierungen.

3. Arzt, Krankenkasse und Kassenärztliche Vereinigung

a. Die Einführung der Krankenkassen

Ende des 19. Jahrhunderts veränderte sich die Natur des Arztberufes durch das Inkrafttreten des Krankenversicherungsgesetzes.³⁵ Zwar bestanden bereits Fabrikassen

oder freie Hilfskassen, diese waren jedoch vorwiegend auf die Erstattung von Lohnausfall gerichtet.³⁶ Durch die Einführung der gesetzlichen Krankenkassen sollte zusätzlich die ärztliche Behandlung abgedeckt werden.³⁷

Die zuvor überwiegend privatärztlich agierenden Ärzte erhielten durch die Einführung der gesetzlichen Krankenkassen dessen Mitglieder als Patientenstamm hinzu. Dieser erfasste um die Jahrhundertwende nur einen Bruchteil der Gesamtbevölkerung.³⁸ Die Zahl der Mitglieder stieg aber bis 1928 auf ca. 22 Millionen einschließlich der Knappschafts- und Ersatzkrankenkassenmitglieder an³⁹, was insbesondere an der Einführung der Reichsversicherungsordnung im Jahre 1911 lag.⁴⁰ Hinzukamen Familienangehörige, die bei ca. 95% der Mitglieder mitversichert waren.⁴¹ Insgesamt umfasste die öffentliche Krankenversicherung damit ca. zwei Drittel der deutschen Gesamtbevölkerung.⁴² Eine Vielzahl der Ärzte war folglich auf die medizinische Versorgung der Kassenpatienten angewiesen. Das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Kasse wurde als Dienstvertrag gem. § 611 BGB angesehen⁴³ und war somit dem Grunde nach privatrechtlicher Natur.

b. Die streitbare Ärzteschaft und ihre gesetzlichen Folgen

Die meisten Ärzte fürchteten jedoch im ausgehenden 19. Jahrhundert um ihre Stellung als Freiberufler. Die Krankenkassen wurden parteipolitisch umkämpft, wodurch die Besorgnis hervorgerufen wurde, dass der Arzt hinsichtlich Honorar sowie Zulassung den Kassen ausgeliefert sein würde.⁴⁴ In den folgenden Jahren kam es daher zu Unruhen und Aufständen innerhalb der Ärzteschaft an deren Ende das Berliner Abkommen von 1913, als Kompromisslösung stand.⁴⁵ Dadurch wurde unter anderem das Arztregister eingeführt, in das sich Ärzte eintragen mussten, um zur Kassentätigkeit zugelassen zu werden.⁴⁶ 1923 wurde das Abkommen Gesetz, mit der Neuerung, dass nun auch kassenärztliche Organisationen Vertragspartner der Krankenkassen werden konnten, um Kollektivverträge auszuhandeln.⁴⁷ Unmittelbar wirkten derartige Verträge aber erst ab 1931/1932.⁴⁸ Zuvor wurden zwischen den Kassen und den Ärzten entweder Einzel-, Mantel- oder Kollektivverträge geschlossen.⁴⁹

²⁶ Hübner/Warneyer, S. 171, Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 89, Schmidt, S. 139.

²⁷ Ulsenheimer, Rn. 150.

²⁸ Bornmann, S. 31, Teufel, S. 70.

²⁹ König, S. 11.

³⁰ Ausnahmsweise kein Vertrag, wenn Krankenhaus wegen öffentlich-rechtlicher Fürsorge handelt und Patient nicht zahlt, so: Ebermayer, Verantwortlichkeit des Arztes für Kunstfehler, S. 33.

³¹ Bornmann, S. 33.

³² Bornmann, S. 38.

³³ Ebermayer, Verantwortlichkeit des Arztes für Kunstfehler, S. 32.

³⁴ Bornmann, S. 38, 40.

³⁵ RGBl. 1883, 73.

³⁶ Moser, S. 32.

³⁷ Finkenrath, Die Verstaatlichung des Patienten, in: Der Arzt und der Staat, S. 61.

³⁸ Moser, S. 33.

³⁹ Finkenrath, Die Verstaatlichung des Patienten, in: Der Arzt und der Staat, S. 62, Tabelle I.

⁴⁰ Krauskopf, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 22 Rn. 1; RGBl. 1911, 510.

⁴¹ Grünbaum, JW 1929, S. 2222.

⁴² Grünbaum, JW 1929, S. 2221.

⁴³ Ebermayer, Arzt und Patient, S. 199.

⁴⁴ Finkenrath, Die Verstaatlichung des Patienten, in: Der Arzt und der Staat, S. 66.

⁴⁵ Moser, S. 41.

⁴⁶ Moser, S. 41, Grünbaum, JW 1929, S. 2222f.

⁴⁷ Krauskopf, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 22 Rn. 5.

⁴⁸ Durch die Vertragsverordnung vom 30.12.1930, RGBl. I 1932, 2 und vom 14.1.1932, RGBl. I 19, Krauskopf, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 22 Rn. 6.

⁴⁹ Grünbaum, JW 1929, S. 2223.

Im Nationalsozialismus erfuhr das kassenärztliche System – wie so viele andere Bereiche – eine verstärkte Zentralisierung. Dies hatte zur Folge, dass ab 1938 den Spitzenverbänden der Krankenkassen sogar die alleinige Vertragsgestaltung überlassen wurde.⁵⁰ Ein erheblicher Einschnitt in die Privatautonomie der ärztlichen Vertreter und somit auch für die Ärzteschaft.

c. Die Kassenärztliche Vereinigung

Am 2.8.1933 wurde die Kassenärztliche Vereinigung in Deutschland eingeführt.⁵¹ Sie fungierte als Bindeglied zwischen Ärzten und Krankenkassen und verteilte das von den Krankenkassen eingezahlte Geld als Vergütung an die Kassenärzte.⁵² Gem. § 2 der Verordnung waren Mitglieder der Kassenärztlichen Vereinigung alle im Arztregister eingetragenen sowie die nach dem Reichsversorgungsgesetz zugelassenen Ärzte. Als Träger öffentlicher Gewalt unterstand die Kassenärztliche Vereinigung gem. § 1 III dem Reichsarbeitsminister und konnte gem. § 5 Landes- und Bezirksstellen errichten. Das Verhältnis zwischen Kassenarzt und Kassenärztlicher Vereinigung war öffentlich-rechtlicher Natur.⁵³

4. Arzt im Strafrecht

a. Der ärztliche Heileingriff als Körperverletzung

Der Arzt musste zivilrechtlich, aber auch strafrechtlich sein Verhalten verantworten. In Betracht kamen vor allem Verstöße gegen §§ 223, 230 sowie 222 RStGB, wobei nicht nur der Kunstfehler eine Rolle spielte, sondern auch die fehlende Einwilligung des Patienten in die, ansonsten lege artis durchgeführte, Behandlung.⁵⁴ Die Einwilligung fungierte damit als Rechtfertigungsgrund für den ärztlichen Eingriff⁵⁵, der seit einer Entscheidung des Reichsgerichts im Jahre 1894 als Körperverletzung angesehen wurde.⁵⁶ Gegen diese Auffassung wehrten sich vor allem die Ärzteschaft sowie das Schrifttum vehement.⁵⁷ In den jeweiligen Entwürfen eines neuen Strafgesetzbuches von 1909, 1911, 1919, 1925, 1927 und 1930 zeichnete sich eine Entwicklung dahingehend ab, dass der ärztliche, ordnungsgemäß durchgeführte Eingriff nicht als Körperverletzung angesehen werden könne. Ein Arzt, der gegen oder ohne den Willen seines Patienten einen Eingriff vornahm, verstieß lediglich gegen das Selbstbestimmungsrecht und damit der Freiheit des Patienten.⁵⁸ Die Entwürfe wurden bekanntermaßen nie als Gesetz verabschiedet. Bis heute existiert zu Recht keine gesetzliche Änderung im StGB, die besagt, dass der ärztliche Heileingriff nicht als Körperverletzung angesehen werden darf.

b. Übersicht über besondere Straftatbestände innerhalb der Bevölkerungspolitik

Neben den typischen Straftatbeständen des RStGB traten weitere Tatbestände auf, die man unter der Rubrik Bevölkerungspolitik zusammenfassen mag.⁵⁹ Diese Bevölkerungspolitik begann in der Weimarer Republik und wurde im Nationalsozialismus nicht nur weitergeführt, sondern aufgrund der ideologischen Zielsetzung auf gräuliche Art und Weise verschärft. Als Grund für die Notwendigkeit einer solchen fragwürdigen Politik wurde unter anderem der 1. Weltkrieg und die damit einhergehende steigende Anzahl geschlechtskranker Personen angeführt. Bei Rückkehr der Soldaten sowie Besetzung durch den Feind sei diese – nach Meinung einiger Autoren – weiter angewachsen.⁶⁰ Der daraus folgende Geburtenrückgang stand dem Ziel der Vermehrung des „kräftigen“ Nachwuchses entgegen.⁶¹ Aus diesen heute nicht mehr verständlichen Erwägungen resultierten die folgenden Gesetzgebungsnormierungen.

aa. Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten

Am 11.12.1918 wurde die Verordnung zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten⁶² sowie am 18.2.1927 das Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten⁶³ verabschiedet. Hierin wurden die Geschlechtskrankheiten definiert, die die wissentliche Ansteckung anderer Personen unter Strafe stellte sowie dem Arzt die Befugnis einer Untersuchung einräumte. Verweigerte eine geschlechtskranke Person die Behandlung, musste der Arzt dies der Gesundheitsbehörde melden. Zwar konnten gem. § 4 IV des Gesetzes von 1927 ärztliche Eingriffe, die eine ernsthafte Gefahr in sich bürkten, nur mit Einwilligung des Betroffenen erfolgen. Die Reichsregierung entschied aber über die hierunter zu zählenden Eingriffe. Damit wurde das Selbstbestimmungsrecht dieser Personen nicht nur immens beschnitten, sondern auch der Willkür der Regierung ausgesetzt. Der vorherige Straftatbestand der §§ 223, 224, 230 RStGB wurde durch dieses Gesetz und insbesondere durch § 5 ergänzt. Dieser sah bei Beischlaf in Kenntnis einer ansteckenden Geschlechtskrankheit einen Strafrahmen von drei Jahren Gefängnis vor, soweit das RStGB keinen höheren Strafrahmen vorsah.

bb. Sterilisation

Ein weiteres Element, das zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und damit dem Gesamtziel der Vermehrung der erbgesunden Bevölkerung als erforderlich angesehen wurde, war die Sterilisation. In der Weimarer Republik waren erste Bestrebungen erkennbar, die eine Zwangssterilisation vor allem bei Verbrechern und Geisteskranken vorsahen.⁶⁴ Als Vorbild galt die in amerikanischen Staaten legalisierte Durchführung derartiger

⁵⁰ Krauskopf, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 22 Rn. 8.

⁵¹ RGBl. 1933 I, 567.

⁵² Krauskopf, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 22 Rn. 7.

⁵³ RGZ. 154, 167.

⁵⁴ Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 117.

⁵⁵ Voll, S. 8.

⁵⁶ RGSt. 25, 375.

⁵⁷ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch für Arztrecht, § 138 Rn. 1, 5.

⁵⁸ Schmidt, S. 118-123.

⁵⁹ Vgl. Gliederung bei Ebermayer, Arzt und Patient, S. 226ff.

⁶⁰ Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 241.

⁶¹ Lilienthal, ZStW, Bd. 38, S. 523.

⁶² RGBl. 1918, 1431.

⁶³ RGBl. 1927 I, 61.

⁶⁴ Aufarbeitung des Meinungsstandes, in: Ebermayer, Arzt und Patient, S. 259f.

Eingriffe.⁶⁵ Zwar hütete man sich aufgrund des höherrangigen Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen noch vor einer gesetzlichen Normierung. Dennoch sollten Betroffene derartiger Bevölkerungsgruppen auf die Möglichkeit einer Sterilisierung mit Nachdruck hingewiesen werden.⁶⁶

Im Nationalsozialismus wurde dann mit dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14.7.1933 eine Regelung getroffen, die in Ausnahmefällen, die ansonsten strafbewehrte Sterilisierung ermöglichte.⁶⁷ Dies hatte zur Folge, dass erstmals eine flächendeckende und weitreichende Legalisierung derartiger menschenverachtender Eingriffe in Kraft trat. § 1 II dieses Gesetzes normierte die Erbkrankheiten, aufgrund derer eine Sterilisierung durchgeführt werden konnte. Zu den „erbkranken“ Gruppen gehörten insbesondere körperlich und geistig Behinderte, aber auch Menschen, die als „unangepasst“ angesehen wurden, waren betroffen. Das örtlich zuständige Erbgesundheitsgericht entschied gem. § 5 über den gestellten Antrag der Betroffenen. Eine unfreiwillige Sterilisierung war ferner gem. § 12 I nach Entscheidung des Erbgesundheitsgerichts möglich. Auch konnte in den Fällen des § 14 I von einer vorherigen Entscheidung des Erbgesundheitsgerichts abgesehen werden. Damit wurde nicht nur die Zwangssterilisierung möglich, sondern das Entscheidungsmonopol über die Zeugungsfähigkeit möglicher Betroffener in die Hände des Unrechtsstaates gegeben. Die Zahl der zwangssterilisierten Männer, Frauen und Kinder im Dritten Reich wird heute auf ca. 400.000 geschätzt. Das beispiellose Medizinverbrechen war somit Bestandteil des inhumanen Machtapparats im Nationalsozialismus. Ergänzungen und Erweiterungen zum Gesetz erfolgten am 26.6.1935⁶⁸ sowie durch die Ausführungsverordnung vom 18.7.1935.⁶⁹

cc. Abtreibung

Im Gleichklang zu dem eigentlichen Verbot einer Sterilisierung stand die Schwangerschaftsabbruch, die durch § 218 RStGB grundsätzlich strafnormiert war. Nachdem vermehrt Anträge im Reichstag gestellt wurden⁷⁰, mit dem Ziel der Strafmilderung des § 218 RStGB, betrachtete man die Abtreibung seit Mai 1926 nicht mehr als Verbrechen sondern nur noch als Vergehen.⁷¹ Die Mindeststrafe, die nur noch in Gefängnisstrafe und nicht mehr in Zuchthaus bestand, wurde von einem halben Jahr auf einen Tag herabgesetzt.⁷² Mit der Machtergreifung Hitlers führte man diese liberalen Ansätze nicht weiter. Die §§ 219, 220 RStGB wurden - im krassen Gegenteil - nach der Reform von 1926 in neuer Form wieder eingeführt. Dadurch war nun sogar die Bereitstellung von Abtrei-

bungsmitteln- und diensten strafbewehrt.⁷³ Grund für diese Normierung war das Ziel der Hebung des deutschen Erbguts sowie rassenhygienische Aspekte. Das einzelne Individuum trat zusehends in den Hintergrund und wurde lediglich als notwendiger Bestandteil der Zielverwirklichung betrachtet.

Durch § 14 I und § 10a I des Erbgesundheitsgesetzes legalisierte man die Schwangerschaftsunterbrechung unter den dort genannten Voraussetzungen der medizinischen sowie eugenischen Indikation⁷⁴, wobei unter Umständen eine fehlende Einwilligung der Frau lediglich mit § 240 RStGB bestraft wurde.⁷⁵ Das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau widerfuhr damit eine mittelbare Begrenzung. Zuvor konnte sich ein Arzt in Bezug auf eine medizinische Indikation weder auf § 54 RStGB berufen. Er war zumeist nicht Angehöriger der Schwangeren⁷⁶, noch konnte er sich ausschließlich mit der Einwilligung der Schwangeren rechtfertigen.⁷⁷ Lediglich bei einer Gefahr für das Leben kam eine Güterabwägung zweier widerstreitender Rechtsgüter in Betracht, an dessen Ende erfreulicherweise das höherrangigere Interesse der Frau stand.⁷⁸ Eine rein soziale Indikation als Rechtfertigungsgrund wurde jedoch kritisch betrachtet⁷⁹ und durch das Erbgesundheitsgesetz nicht legalisiert. Das Interesse des Staates an dem gesunden, deutschen Kind war höher angesiedelt, als eine – wenn auch bedrohliche – wirtschaftliche Not der Mutter.⁸⁰

Zusammenfassend lässt sich anmerken, dass die Rechtfertigungsmöglichkeit der medizinischen Indikation gekoppelt mit der Einwilligung der Mutter ein Resultat der Bestrebungen innerhalb des Schrifttums, der Ärzteschaft und Rechtsprechung war.⁸¹ Eine gesetzliche Grundlage für diese Annahme fehlte lange und wurde erst mit dem Erbgesundheitsgesetz normiert.⁸² 1943 wurden diese Grundsätze noch einmal erheblich verschärft. Auf die Abtreibung folgte als Strafmaß nun die Todesstrafe, wenn diese die „Lebenskraft des deutschen Volkes“ gemindert hat.⁸³ Eine Überzeugung, die unserem heutigen Verständnis einer selbstbestimmten Frau gänzlich entgegenläuft.

dd. Euthanasie

Schließlich ist im Rahmen der Bevölkerungspolitik auf den Begriff der „Euthanasie“ einzugehen, auch wenn diese nicht wörtlich in den zu betrachtenden Urteilen auftaucht. Der Wortsinn wird heute zu Recht in negativer Hinsicht mit dem Nationalsozialismus verbunden. Die Ursprünge der Euthanasie, auch der eugenisch-rassenhygienischen, gehen bis in das 19. Jahrhundert zurück.⁸⁴

⁶⁵ Ebermayer, Arzt und Patient, S. 258.

⁶⁶ Ebermayer, Arzt und Patient, S. 261.

⁶⁷ RGBL. 1933 I, 529.

⁶⁸ RGBL. 1935 I, 773.

⁶⁹ RGBL. 1935 I, 1035.

⁷⁰ Der modernste Antrag stammte 1920 von der SPD, die eine Abtreibung innerhalb der ersten drei Monate der Schwangerschaft legalisieren wollte; Schroeder, S. 7.

⁷¹ Dienel, Das 20. Jahrhundert (I) Frauenbewegung, Klassenjustiz und das Recht auf Selbstbestimmung der Frau, in: Geschichte der Abtreibung, S. 164.

⁷² RGBL. 1926 I, 239.

⁷³ RGBL. 1933 I, 295.

⁷⁴ Schmidt, S. 135.

⁷⁵ Schmidt, S. 135.

⁷⁶ Kohlrausch/Lange, StGB-Kommentar, § 218, S. 481.

⁷⁷ Schönke, StGB-Kommentar, § 218 IV, S. 447.

⁷⁸ Rilk, JW 1933, S. 2039; RGSt. 61, 242.

⁷⁹ Hirsch, ZStW, Bd. 38, S. 500, Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 232.

⁸⁰ Rilk, JW 1933, S. 2039, Olshausen, StGB-Kommentar, § 218, S. 973

⁸¹ Gropp, S. 68.

⁸² Gante, Das 20. Jahrhundert (II) Rechtspolitik und Rechtswirklichkeit 1927-1976, in: Geschichte der Abtreibung, S. 171.

⁸³ RGBL. 1943 I, 169.

⁸⁴ Hehl, „Vordenker der Vernichtung“, in: 'Die Freigabe der Ver-

Die Anfänge dieses Gedankenguts waren jedoch keineswegs mit der späteren systematischen, menschenverachtenden Massenvernichtung vergleichbar. Vielmehr definierte sich der Begriff der Euthanasie als Art der Sterbehilfe.⁸⁵

Binding und *Hoche* strebten 1920 durch ihre Schriften über 'Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens' eine Erweiterung der nicht strafbewehrten Hilfe zum Selbstmord an. *Binding* hielt es für möglich, eine Euthanasie bei einer unheilbaren, aber erst nach unbestimmter Zeit zum Tode führenden Krankheit durchzuführen. Grund hierfür war, dass er die Tötungshandlung als eine solche nicht klassifizierte, sondern vielmehr annahm, dass die Tötungsursache lediglich ausgetauscht werden würde.⁸⁶ Ferner wollte er den § 216 RStGB auf Situationen erweitern, in welchen der Patient entweder aufgrund einer Krankheit 'unrettbar' ist oder zu der Gruppe der unheilbar 'Blödsinnigen' gehört, wobei er nur bei ersterer Fallgruppe eine Einwilligung verlangte.⁸⁷

Ebermayer trat diesen Ansätzen entgegen und begründete seine Ablehnung damit, dass die Feststellung einer unheilbaren, zum Tode führenden Krankheit nur schwer festzumachen sei, und nicht wie *Binding* vorschlägt einer Behörde überlassen werden kann.⁸⁸ Demzufolge machte sich in der Weimarer Republik und im Nationalsozialismus ein Arzt gem. § 216 RStGB strafbar, wenn er dem Erbeten eines Patienten auf Tötung nachkam.⁸⁹ Die §§ 212, 211 RStGB kamen in Betracht, wenn ein ausdrückliches Verlangen fehlte. Die Hilfe zur Selbsttötung war hingegen – im Gleichklang zum heutigen Gesetzesstand⁹⁰ – nicht strafbewehrt. Das Vorgehen im Dritten Reich hinsichtlich der Massenvernichtung, insbesondere des Holocausts, führte zu einer einzigartigen Interpretation dieses anfänglichen Euthanasieansatzes. Die Uferlosigkeit auf so viele Bevölkerungsgruppen, die von der systematischen Euthanasie erfasst wurden, bleibt bis heute ohne Beispiel.

5. Heilpraktiker und Kurfuscher

Neben den Ärzten als mögliche Beschuldigte kamen sogenannte „Kurfuscher“ beziehungsweise Heilpraktiker in Betracht. Die klassische Schulmedizin orientierte sich im ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhundert überwiegend an naturwissenschaftlichen Erkenntnissen. Trotz immenser Fortschritte zum Beispiel in der anästhetischen Medizin gab es fortwährend vor allem infektiöse Krankheiten, die mit den damaligen medizinischen Erkenntnissen nicht geheilt werden konnten.⁹¹ Aus dieser Not heraus erfuhren Berufsgruppen wie Naturheiler und

Heilpraktiker einen vermehrten Zulauf der Bevölkerung. Dadurch avancierten sie zu einer echten Alternative zu der herkömmlichen Schulmedizin.

Diese Bewegung war aber nicht nur mit Vorteilen verbunden. Die Ärzteschaft sowie namhafte Juristen, allen voran *Ebermayer*, erkannten früh damit verbundene Probleme und insbesondere deren Ursache und mögliche Lösung. Seit 1873 galt für das gesamte deutsche Reich die, vorher 1869 im Norddeutschen Bund eingeführte, Kurierfreiheit.⁹² Diese erlaubte jedem, auch ohne vorherige Ausbildung oder besondere Fähigkeiten, Menschen die medizinische Hilfe bedurften, zu behandeln. Damit wurde die bis dahin strafrechtlich normierte Kurfuscherei legalisiert.⁹³ Der Begriff der Kurfuscherei definierte sich als ein ärztliches Handeln gegenüber einem Menschen, ohne die hierfür nötige Approbation zu besitzen beziehungsweise deren Befugnisrahmen bei der Behandlung zu überschreiten.⁹⁴ Der Kreis der Kurfuscher wurde somit weitgezogen und umfasste nach Angaben *Ebermayers* auch normale Arbeiter, Beamte, Handwerker, Masseusen, Pflegerinnen etc., die eine heilende Tätigkeit ausübten.⁹⁵ Ebenso kamen aber Ärzte in Betracht, welche eine von der anerkannten Wissenschaft nicht oder nicht mehr praktizierende Methode anwandten.⁹⁶

Im Jahr 1903 gründete sich die Deutsche Gesellschaft zur Bekämpfung des Kurfuschertums. Diese forderte zur Verhütung der Gefahren für das Volk nicht nur ein Puschereiverbot, sondern auch eine Besserung des Ansehens des Arztberufes.⁹⁷ Zwar schrieb z.B. das Geschlechtskrankheitsgesetz vom 18.2.1927 vor, dass Behandlungen von Geschlechtskrankheiten ausschließlich durch approbierte Ärzte erfolgen durften.⁹⁸ Eine endgültige Abschaffung der Kurierfreiheit erfolgte jedoch erst durch das Heilpraktikergesetz vom 17.2.1939.⁹⁹ Der Heilkundige, dessen Tätigkeit in § 1 I HeilpraktG legal definiert war, unterliegt seitdem zumindest einem Erlaubniszwang.

6. Zwischenergebnis

Es ist letztlich festzustellen, dass einerseits wesentliche Neuerungen vor allem im kassenarztrechtlichen Bereich und dem Berufsverständnis eingeführt wurden. Ebenso kam es zu politisch motivierten Veränderungen einiger Straftatbestände, die zumeist eine Verschärfung aufgrund rassenideologischer Ziele vorsahen. Dies wirkte sich nicht nur negativ auf das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Personen aus, sondern die zum Teil unmenschlichen Strafnormen, widersprachen zunehmend dem auf Sitte fußendem Ansehen der Ärzte. Insbesondere

nichtung lebensunwerten Lebens', S. 9.

⁸⁵ Elster, „Euthanasie (Sterbehilfe)“, in: Recht und Medizin, S. 85f.

⁸⁶ Binding/ Hoche, S. 18.

⁸⁷ Binding/Hoche, S. 34.

⁸⁸ Ebermayer, Arzt und Patient, S. 263.

⁸⁹ Pelckmann, „Euthanasie“, in: Recht und Medizin, S. 110.

⁹⁰ Ein Vergleich der gesetzlichen Grundlagen: Kern, Karl Binding und Alfred Hoche: 'Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens' - Juristische Perspektiven, S. 146-150, in: 'Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens'.

⁹¹ Regin, Entstehung und Charakter der Naturheilbewegung, in: Medizinkritische Bewegungen im Deutschen Reich, S. 40.

⁹² Eckart/Jütte, S. 375.

⁹³ Eckart/Jütte, S. 375.

⁹⁴ Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 217, mit weiteren Definitionsmöglichkeiten.

⁹⁵ Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 216.

⁹⁶ Hellwig, Die Einstellung des Volkes zur Kurfuscherei, in: Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung, S. 725.

⁹⁷ Lennhoff, Die Einstellung der Deutschen Gesellschaft zur Bekämpfung des Kurfuschertums zur Kurfuschereibekämpfung seit 1924, in: Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung, S. 745f.

⁹⁸ RGBl. 1927 I, 61.

⁹⁹ RGBl. 1939 I, 251.

re haftungsrechtliche Institute sind im Gegensatz dazu auch heute noch im Gesetz wiederzufinden. Fraglich erscheint nun, inwieweit die Rechtsprechung des Reichsgerichts die Haftungsinstitute sowie Straftatbestände während der politischen Umbrüche umsetzte und interpretierte.

III. Statistische Auswertung der Rechtsprechung des Reichsgerichts

Die 56 zivilrechtlichen und 47 strafrechtlichen Entscheidungen wurden in der statistischen Analyse auf verschiedene Parameter hin untersucht. Zum einen in Bezug auf die Verfahrensart, die beteiligten Parteien, haftungsrechtliche Besonderheiten sowie Deliktarten. Aufschlussreicher insofern für den Gerichtsalltag des Reichsgerichts soll jedoch die Auswertung der ideologischen beziehungsweise politischen Beeinflussung sein.

1. Verfahrensarten

a. Zuständigkeiten des Reichsgerichts

Das Reichsgericht hatte die Funktion eines Reichsorgans, weswegen es für das gesamte Reichsgebiet zuständig war.¹⁰⁰ Gem. § 133 GVG¹⁰¹ entschied es als oberste Instanz über Revisionen gegen die Endurteile der Oberlandesgerichte sowie Beschwerden gegen deren Beschlüsse. In Strafsachen war es gem. § 135 GVG für die Revision erstinstanzlicher Strafkammerentscheidungen der Landgerichte sowie der Schwurgerichte¹⁰² verantwortlich, soweit nicht die Oberlandesgerichte, aufgrund der ausschließlichen Verletzung von Landesrecht, zuständig waren. Daneben urteilte es als erste und einzige Instanz gem. § 134 GVG über Sachverhalte, den Hoch- und Landesverrat betreffend. Ab 1934 war hierzu der Volksgerichtshof berechtigt.¹⁰³

b. Revisionsverfahren

87 der insgesamt 103 Entscheidungen waren Revisionsurteile. Lediglich 2 Urteile¹⁰⁴ waren der Sprungrevision gem. § 335 StPO bzw. § 566a ZPO zuzuordnen. Neuartige Rechtsbehelfe wie die 1940 eingeführte Nichtigkeitsbeschwerde¹⁰⁵ gingen aus den Materialien nicht hervor. Ein Großteil der Analyse konzentrierte sich damit auf Revisionen gegen Endurteile der Oberlandesgerichte in Zivilsachen sowie Entscheidungen der Strafkammern der Landgerichte und Schwurgerichte.

c. Beschlüsse

Unter den Entscheidungen befand sich nur ein Beschluss.¹⁰⁶ Das ist vermutlich dem Umstand geschuldet, dass in den amtlichen Veröffentlichungen sowie Zeitschriften nur Entscheidungen abgedruckt wurden, welche einen gewissen Grad an Bedeutung hatten. In derar-

tigen Fällen erging aber zumeist ein Urteil und nicht ein Beschluss.

d. Ohne Angabe

Circa 12,6% enthielten keine Angabe zu der Verfahrensart. Diese Entscheidungen entstammen ausschließlich der Juristischen Wochenzeitschrift sowie der Zeitschrift zur Höchststrichterlichen Rechtsprechung.

2. Beteiligte Parteien

a. Zivilrechtliche Entscheidungen

aa. Patient versus Arzt

Ein Großteil der zivilrechtlichen Streitigkeiten fanden zwischen dem Patienten und dem Arzt statt. Wobei 32 der 56 Richtersprüche den Patienten direkt in ihrem Urteil als Partei bezeichneten. Bei sechs Entscheidungen¹⁰⁷ kann nur aufgrund des Sachverhalts darauf geschlossen werden, dass der Patient als Kläger gegen den Arzt auftrat.

Als weitere Streitpartei kamen Ehepartner in Betracht. Aus sieben Verfahren geht hervor, dass nicht der Patient selbst, sondern sein Ehepartner – zumeist der Ehemann für die Ehefrau – den Prozess allein oder gemeinsam als Eheleute¹⁰⁸ gegen den Arzt führte. Dabei ist nicht immer ersichtlich¹⁰⁹, ob der nicht behandelte Ehepartner eigene Rechte¹¹⁰ gegen den Arzt einklagen oder nur die Rechte der Frau bzw. des Mannes vertreten wollte. Schließlich sei ein Urteil benannt, in welchem ein zum Behandlungszeitpunkt Minderjähriger erst Jahre später seine vertraglichen Schadensersatzansprüche gegen den Arzt geltend machen wollte. Das Kind war Patient gewesen, jedoch schlossen seine Eltern den Arztvertrag ab, wodurch er lediglich über § 328 BGB eigene Rechte gegen den Arzt erhielt. Das Gericht entschied, dass der nun Volljährige die Möglichkeit hätte, diese Rechte gegen den Arzt geltend zu machen.¹¹¹

Erstaunlicherweise gibt es keinen zivilrechtlichen Streitfall, in dem ein Kurpfuscher beteiligt war, was jedoch nicht daran lag, dass ihnen keine Fehler unterliefen.¹¹² Eine mutmaßliche Ursache könnte darin liegen, dass die Akzeptanz der Kurpfuscherei innerhalb des gemeinen Volkes höher angesiedelt war als unter der Ärzteschaft. Das Ansehen des Arztes minderte sich Anfang des 19. Jahrhunderts und viele Menschen vertrauten sich lieber einem Heilkundigen an.¹¹³ Durch den Glauben der Patienten an die alternative Heilmethode wurde selbst bei Misserfolg der Behandlung nicht zwangsläufig der Kurpfuscher beklagt. Die Bekämpfung der Kurpfuscherei

¹⁰⁰ Buschmann, NJW 1979, 1970.

¹⁰¹ RGBl. 1924 I, 299, 315.

¹⁰² Die Schwurgerichte bestanden bis 1939 und wurden gem. § 13 der „VO über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege“ abgeschafft, RGBl II S. 1658.

¹⁰³ RGBl. 1934 I, 341, 345.

¹⁰⁴ RGSt. 61, 242; Warneyer, 13. Jahrgang, 1932, Urte. v. 27.10.1931, S. 145.

¹⁰⁵ RGBl. 1940 I, 405.

¹⁰⁶ Schubert/Glückner, Band III, Urte. v. 16.11.1937, S. 119.

¹⁰⁷ JW 1928 II, Urte. v. 18.5.1928, S. 2213; JW 1933 II, Urte. v. 6.4.1933, S. 1389; JW 1933 III, Urte. v. 7.4.1933, S. 2701; JW 1935 I, Urte. v. 12.10.1934, S. 115; JW 1936 I, Urte. v. 12.11.1935, S. 644; Schubert/Glückner, Band III, Urte. v. 16.11.1937, S. 119.

¹⁰⁸ RGZ. 128, 121; 151, 349.

¹⁰⁹ Warneyer, 18. Jahrgang, 1926, Urte. v. 9.7.1926, S. 229; HRR 1935, Urte. v. 21.3.1935, lfd. Nr. 1009; HRR 1935, Urte. v. 2.8.1935, lfd. Nr. 1579.

¹¹⁰ Z.B. gem. § 844 II BGB, RGZ. 125, 374.

¹¹¹ RGZ 152, 175.

¹¹² Siehe unter II.2.b).

¹¹³ Hellwig, Die Einstellung des Volkes zur Kurpfuscherei, in: Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung, S. 726.

wurde vielmehr durch den Druck der Ärzteschaft und verschiedener Organisationen vorangetrieben.

bb. Patient versus Krankenhaus

Als weiterer zivilrechtlicher Haftungsgegner kam das Krankenhaus in Betracht. In den vorliegenden Entscheidungen war dies entweder ein städtisches oder ein staatliches Krankenhaus, weswegen der Beklagte stets Träger öffentlicher Gewalt war. Insgesamt drei Klagen richteten sich gegen die Krankenhäuser bzw. deren Träger als Alleinschuldner.¹¹⁴ Ein Sachverhalt erfasste den im städtischen Krankenhaus tätigen Arzt sowie das Krankenhaus als Gesamtschuldner gegenüber dem klagenden Patienten.¹¹⁵

Prozentual entsprechen die vier Urteile rund 4,2%. Eine Ursache für diesen geringen Wert könnte darin liegen, dass in Krankenhäusern der öffentlichen Gewalt nicht nur zahlende Privatpatienten bzw. durch die Krankenkasse Versicherte behandelt wurden, sondern auch Heilungsbedürftige, die man unentgeltlich aufnahm. Insofern hatten diese Patienten oft geringere Rechte als die zahlenden Patienten, da sie selbst in kein Vertragsverhältnis zu dem Krankenhaus traten. Ihnen blieb lediglich ein deliktischer Haftungsanspruch gem. § 823 BGB.¹¹⁶ Ferner kam es vor, dass Privatpatienten einen Arztvertrag mit dem behandelnden Arzt abschlossen. Im Haftungsfall mussten sie sich an den Arzt wenden. Das Krankenhaus stellte nur die Unterkunft sowie Pflegepersonal zur Verfügung.¹¹⁷

cc. Patient versus Krankenkasse

In den beiden Rechtssprüchen zwischen einem Patienten als Kläger und der versichernden Krankenkasse als Beklagte lösten jeweils deren Angestellte einen Haftungsgrund aus.¹¹⁸ Im früheren Urteil hob das Reichsgericht die Entscheidung des OLG Düsseldorf auf, das eine Haftung der Krankenkasse gem. § 831 BGB für eigenes Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Vertrauensarztes, der zu Unrecht den Patienten für arbeitsfähig hielt, ausschloss. Ein Vertrauensarzt war bei der Krankenkasse angestellt und überprüfte u.a. von Kollegen ausgestellte Atteste hinsichtlich einer bescheinigten Arbeitsunfähigkeit. Im Falle der durch Krankheit hervorgerufenen Arbeitsunfähigkeit musste nämlich der Versicherte gem. § 383 RVO¹¹⁹ für diese Zeit keine Beiträge bezahlen. Im zweiten Urteil wurde der Krankenkasse das Handeln der Angestellten staatshaftungsrechtlich gem. Art. 131 WRV iVm § 839 BGB als, die Dienste in Anspruch nehmende, Körperschaft zugeordnet.

dd. Arzt versus Patient/ KH

In einem Revisionsverfahren ist das vorwerfbare Verhalten nicht dem Arzt, sondern überwiegend einer Ehefrau zuzuordnen, die den klagenden Arzt zu ihrem Mann stellte, dieser aber derart „geisteskrank“ war, dass er bei

versuchter Kontaktaufnahme den Arzt mit einem Messer verletzte.¹²⁰ Grundsätzlich war dem Arzt zwar kein Schadensersatzauslösendes Verhalten nachweisbar, die Revision nahm dennoch ein Mitverschulden des Arztes gem. § 254 BGB an. Infolgedessen war das Urteil trotz vertauschter Rollen Gegenstand der Auswertung geworden.

Zuletzt ist ein Verfahren eines Krankenhauses gegen einen angestellten Assistenzarzt anzuführen, welcher die Einwilligung der Patientin durch Herunterspielen von Risiken des Eingriffs erschlich.¹²¹ Im Vorprozess wurde das Krankenhaus dafür gem. § 278 BGB haftbar gemacht. Der Rückgriffsanspruch ergab sich aus der vertraglichen Verpflichtung des Assistenzarztes gegenüber dem Krankenhaus, bei der ärztlichen Tätigkeit jegliche Sorgfalt zu beachten.

b. Strafrechtliche Entscheidungen

aa. Der Arzt als Angeklagter

In 61% der Strafrechtsurteile war ein Arzt der Beschuldigte. In ca. 7% der 29 Urteile war der Angeklagte jedoch nicht der behandelnde Arzt. Im ersten Fall wurde der Arzt gem. § 174 Nr. 3 RStGB aufgrund eines geschlechtlichen Kontakts zu einer im Krankenhaus aufgenommenen Patientin verurteilt.¹²² Im zweiten Sachverhalt wurde der Arzt gem. § 330c RStGB beschuldigt und freigesprochen.¹²³ Des Weiteren trat der Arzt in einigen Fällen mit anderen Beschuldigten auf. Die Verurteilungen standen in der Regel im Zusammenhang mit Abtreibungen beziehungsweise an Frauen durchgeführten Sterilisationen, woraufhin diese selbst angeklagt wurden.¹²⁴

bb. Heilbehandler als Angeklagte

Aus insgesamt 13 Verfahren geht hervor, dass gegen einen Heilkundigen prozessiert wurde. Das entspricht rund 28% der Strafrechtsverfahren. Jedoch wurde in nur einem Urteil ein Kurpfuscher aufgrund eines Verstoßes gegen das HeilpraktikerG verurteilt.¹²⁵ In einem Fall handelte zwar ein approbierter Arzt, dieser wandte aber bei zwei an Diphtherie erkrankten Mädchen ein homöopathisches Mittel an.¹²⁶ Er verabreichte den Patientinnen nicht das erforderliche Serum. Infolgedessen erkrankte auch die Mutter an Diphtherie. Nach nur wenigen Tagen starben die Mutter und anschließend die beiden Töchter. Aus den Feststellungen des Landgerichts ging nicht hervor, ob das Unterlassen des Arztes, die Kinder zu einem Kollegen zu überweisen, der das Serum verabreicht hätte, ursächlich für den Tod war. Dieses Urteil erging wie acht andere Entscheidungen nach 1933. Nur vier Verfahren gegen Heilkundige wurden zu Zeiten der Weimarer Republik geführt.

cc. Städtisches bzw. staatliches Krankenhaus als Angeklagter

Die Anzahl der strafrechtlichen Verfahren gegen ein

¹¹⁴ RGZ 112, 290; HRR, 1932, Urt. v. 22.3.1932, lfd. Nr. 1828; Warneyer, 1936, Urt. v. 8.10.1935, S. 127.

¹¹⁵ Warneyer, 1932, 24. Jahrgang, Urt. v. 27.10.1931, S. 145.

¹¹⁶ Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 108 f.

¹¹⁷ Hübner/Warneyer, S. 177.

¹¹⁸ RGZ 131, 67; 165, 91.

¹¹⁹ RGBL 1911, 510.

¹²⁰ Warneyer, 1934, 26. Jahrgang, Urt. v. 26.2.1934, S. 113.

¹²¹ HRR, 1934, Urt. v. 17.4.1934, lfd. Nr. 1278.

¹²² RGSt, 76, 149.

¹²³ RGSt 75, 68.

¹²⁴ Zu Abtreibung: RGSt 61, 242; 62, 137; zur Sterilisation: JW 1933 III, Urt. v. 12.5.1933, S. 2060.

¹²⁵ RGSt 77, 15.

¹²⁶ HRR 1937, Urt. v. 19.3.1937, lfd. Nr. 1429.

Krankenhaus bzw. deren Trägern ist verschwindend gering. Gerade einmal in einem Urteil ließ sich durch Interpretation ein Verfahren gegen das Krankenhaus erkennen.¹²⁷ Dieses Phänomen deckt sich mit der zivilrechtlichen Analyse.

dd. Sonstige Medizinalpersonen als Angeklagte

Schließlich konnten vier Streitfälle in keine der zuvor genannten Kategorien eingeordnet werden. In einem Fall wurde ein Apotheker gem. § 367 Nr. 5 RStGB verurteilt.¹²⁸ Ferner wurde eine Hebamme wegen vorsätzlicher Tötung gem. § 212 RStGB angeklagt.¹²⁹ Sie half einer Mutter bei der Geburt ihres Kindes, wobei beide aufgrund mehrerer Abtreibungsversuche davon ausgingen, dass das Kind tot zur Welt kommen würde. Die Frau gebar jedoch ein lebendiges Kind, die Hebamme versorgte daraufhin das Neugeborene nicht fachgemäß. Als das Kind trotz des passiven Verhaltens der Hebamme immer noch nicht ablebte, legte diese das Baby in einen Eimer, woraufhin es schließlich starb.

Ein weiterer Sachverhalt hatte das Verschulden eines nicht mehr approbierten Arztes zum Gegenstand, der eine Frau auf eine mögliche Schwangerschaft hin untersuchte. Damit machte er sich laut Revision gem. § 7 des Gesetzes zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten schuldig, der vorsah, dass derartige Behandlungen nur durch einen approbierten Arzt erfolgen dürfen. Letztlich wurde in einem Urteil weder ein Arzt noch eine andere Medizinalperson als Angeklagter benannt.¹³⁰

3. Zivilrechtliche Streitfragen und Deliktgruppen

a. Haftungsinstitute und deren diskutablen Voraussetzungen

In Hinblick auf die zivilrechtlichen Entscheidungen wurden die möglichen gesetzlichen Anspruchsgrundlagen bereits angeführt. Welche Besonderheiten bei den einzelnen Voraussetzungen die Rechtsprechung beschäftigte und worin sich Entwicklungen abzeichneten, gilt es zu analysieren.

aa. Aufklärung

5,4% der Sachverhalte beschäftigten sich schwerpunktmäßig mit der Aufklärung. Wobei kein einziges Urteil existiert, in welchem die heute bekannte Aufklärungsrüge geltend gemacht wurde. Anhand der drei Entscheidungen zeichnete sich vielmehr die geringe Bedeutung der Aufklärung ab.

Im Revisionsverfahren vom 4.5.1920 beispielsweise wurde einem Patienten Salvarsan zur Behandlung von Syphilis eingespritzt.¹³¹ Fünf Wochen später kam es zu einem Hörverlust beim Kläger, der nun Schmerzensgeld, die Heilungskosten sowie einen Ersatz für seine geminderte Erwerbstätigkeit einklagte. Dieser Anspruch wurde von den vorherigen Instanzen sowie vom Reichsgericht abgelehnt, da die Methode zur Behandlungszeit üblich war und eine Aufklärung über sämtliche risikoreichen

Folgen nicht zu erwarten sei. In eine andere Richtung geht die Klage vom 27.10.1931¹³², wo ebenso eine Hinweispflicht verneint wurde, aber mit der Begründung, dass die Folgen der Methode – Röntgenbestrahlung von mehreren Seiten zur Damenhaarentfernung – noch nicht weit genug erforscht war.

bb. Einwilligung

Mit der Aufklärung stets verbunden ist die Einwilligung des Patienten in die Behandlung. In unserem heutigen Verständnis nach § 630d Abs. 2 BGB ist eine umfassende Aufklärung Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung. Fehlt die Einwilligung, entsteht gem. § 630h Abs. 2 BGB eine Beweislastumkehr. Rund 10,7% der Fälle problematisierte hauptsächlich die Einwilligung. Alle Richtersprüche setzten grundsätzlich die Einwilligung für eine fehlerfreie Behandlung voraus. Anzumerken ist jedoch, dass die Einwilligung nicht zwangsläufig auf einer Aufklärung beruhen musste.

Im Streitverfahren vom 19.5.1931 wurde einerseits von der Beratungspflicht des Arztes ausgegangen, der angeblich der Patientin den Erhalt ihrer Gebärfähigkeit zugesichert haben soll. Andererseits nahm man an, dass der Arzt selbst nicht alle Risiken überblicken konnte, sodass er über diese auch nicht aufklären könne.¹³³ Ein moderner Ansatz war aus der Entscheidung vom 8.3.1940 zu erblicken, in welcher grundsätzlich die Einwilligung von einer Aufklärung bezüglich der Diagnose und Schwere des Eingriffs abhängig gemacht wurde.¹³⁴ Die Bedeutung der Einwilligung schmälerte sich laut Reichsgericht auch nicht durch die Reichsärzteordnung von 1935. Trotz der öffentlichen Aufgabe des Arztes der Volksgesundheit zu dienen, nahm man kein allgemeines Behandlungsrecht gegenüber den Patienten an.¹³⁵

cc. Kausalität

Eine wichtige Voraussetzung für einen vertraglichen oder deliktischen Anspruch stellt die Kausalität dar. Diese muss einerseits zwischen der Handlung des Arztes und der Rechtsgutsverletzung und andererseits zwischen der Handlung und dem entstandenen Schaden bestehen. Insgesamt vier Rechtssprüche befassten sich überwiegend mit Kausalitätsproblemen und erstaunlicherweise auch alle mit groben Kunstfehlern und deren Auswirkungen auf eine Kausalitätsunterbrechung.¹³⁶

Bei einer Entscheidung war der Arzt jedoch gar nicht Beklagter, sondern ein Unfallgegner des Verletzten.¹³⁷ Der Arzt wurde dadurch involviert, dass er den Verletzten behandelte und ihm dabei ein Kunstfehler unterlief. Die Kausalität wäre gemäß Reichsgericht aber erst unterbrochen gewesen, wenn die ärztlichen Regeln „gröblich“ verletzt worden wären. Begründet wurde dieser Ansatz mit der Tatsache, dass die Behandlung zu Kriegszeiten vollzogen wurde. Zu dieser Zeit versorgten die Ärzte aber die

¹²⁷ JW 1936 I, Urt. v. 7.12.1936, S. 453 f.

¹²⁸ RGSt 62, 281.

¹²⁹ JW 1930 II, Urt. v. 11.7.1929, S. 1595.

¹³⁰ HRR 1929, Urt. v. 29.10.1928, lfd. Nr. 263.

¹³¹ Warneyer, 13. Jahrgang, 1920, Urt. v. 4.5.1920, S. 138.

¹³² Warneyer, 24. Jahrgang, 1932, Urt. v. 27.10.1931, S. 145.

¹³³ HRR 1931, Urt. v. 19.5.1931, lfd. Nr. 2030.

¹³⁴ RGZ 163, 129.

¹³⁵ RGZ 151, 349; 168, 206.

¹³⁶ JW 1921 II, Urt. v. 7.2.1921, S. 741; RGZ 102, 230; HRR 1937, Urt. v. 24.11.1936, lfd. Nr. 431; HRR 1928, Urt. v. 17.1.1928, lfd. Nr. 831.

¹³⁷ JW 1921 II, Urt. v. 7.2.1921, S. 741.

gesamte bürgerliche Bevölkerung, was zu einer starken Mehrbelastung führte. Der Unfallgegner musste mit diesem Umstand rechnen.

Ebenso wurde im Verfahren vom 3.6.1921 die Kausalität nur ausgeschlossen, wenn – so der Sachverhalt – der hinzugezogene zweite Arzt gröblich gegen ärztliche Regeln verstoßen würde.¹³⁸ Ansonsten haftet der erste Arzt, auf dessen Verschulden der zweite Arzt erst hinzugezogen werden musste, für seine Fehler sowie die Fehler des zweiten Arztes. Durch diese Entscheidung musste sich der Patient nicht an zwei sondern nur einen Arzt als Beklagten halten.

dd. Beweislastverteilung

An die Kausalitätsvoraussetzung schließt sich die Frage an, wer diese zu beweisen hatte. Grundsatzfragen hinsichtlich der Beweislastverteilung wurden in ca. 30,6% der Streitverfahren erörtert. Die Regel, dass in arzt haftungsrechtlichen Klagen stets der klagende Patient alle den anspruchsbegründenden Voraussetzungen beweisen muss, wurde bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1912 angenommen¹³⁹. Die 'Unaufklärbarkeit' der Ursache für eine Verletzung konnte nach Meinung des Reichsgerichts nicht zu Lasten des Arztes gehen. An diesem Grundsatz wurde auch während der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus festgehalten und stets auf die Grundsatzentscheidung Bezug genommen.¹⁴⁰ Ebenfalls gab es Entscheidungen, die vorschrieben, dass der Kläger das Verschulden des Arztes beweisen muss, was in der Regel nicht schwer fallen konnte.¹⁴¹

[1]. Anscheinsbeweis

Während des zu betrachtenden Zeitraums entwickelte das Reichsgericht ferner Grundzüge zum Anscheinsbeweis im Arzthaftungsrecht. Mit der Revisionsentscheidung vom 18.5.1928 verband das Gericht erstmals Kausalitätsprobleme mit dem Prinzip des Anscheinsbeweises.¹⁴² Weitere Entscheidungen festigten die Annahme, dass der prima facie Beweis im Arzthaftungsrecht grundsätzlich Anwendung finden soll.¹⁴³ Voraussetzung dafür war ein „bestimmter positiver Anhalt“¹⁴⁴, der zur Annahme eines Kunstfehlers und dessen Kausalität führte. Rechtsfolge war die Beweislastumkehr zu Ungunsten des Arztes, der sich zumeist durch die Möglichkeit eines alternativen Verlaufes entlasten konn-

te.¹⁴⁵ Ob ein Anscheinsbeweis tatsächlich einschlägig war, überließ man dem Einzelfall.¹⁴⁶

Ebenso zeichnete sich mehr und mehr eine für den Arzt ungünstige Entwicklung ab. Den Anfang machte eine Entscheidung aus dem Jahr 1932. Gegenstand war eine Ansteckung des Patienten nach der Salbenbehandlung. Obwohl Streit über den Maßstab der Vorsicht herrschte, inwieweit man frischoperierte Patienten mit anderen, an Wundrose leidenden, Patienten, in einem Raum unterbringen durfte, nahm das Gericht den prima facie Beweis an. Diese Entscheidung ähnelte unserer heutigen Auffassung vom voll beherrschbaren Risiko, gem. § 630h Abs. 1 BGB. In den Folgejahren wurde dem Arzt bei Unaufklärbarkeit der Ursache sogar eine Entlastungspflicht auferlegt, wenn dieser vorsätzlich oder leichtfertig den Patienten durch eine nicht lege artis ausgeführte Behandlung in Gefahr brachte.¹⁴⁷ Die Anwendung des prima facie Beweises war allgemein möglich. Anfänglich aber einerseits vom interpretationswürdigen „positiven Anhalt“ und andererseits von den gegebenen Umständen abhängig. In der späteren Entwicklung wurde der Gebrauch des prima facie Beweises zunehmend zu Gunsten des Patienten angewandt.

[2]. Dokumentationsfehler

Neben der Möglichkeit eines Anscheinsbeweises bezüglich der Kausalität musste sich der Arzt laut Reichsgericht auch dann entlasten, wenn ein Dokumentationsfehler vorlag. Diese Ansätze spiegeln den heutigen § 630h Abs. 3 BGB wider, der bei fehlender Dokumentation die Nichtdurchführung der Behandlung gesetzlich vermutet. Die Dokumentationsfehler wurden unter anderem in einer unklaren Dokumentation¹⁴⁸ sowie im Zurückhalten von Krankenakten gesehen¹⁴⁹. Inhalt des Gegenbeweises war in der Regel nicht, dass der Arzt die Behandlung trotz fehlerhafter Dokumentation beweisen musste, sondern dass diese lege artis erfolgt ist. Die Fragen, ob ein Dokumentationsfehler immer zur Beweislastumkehr führte, und welche Anforderungen der Entlastungsbeweis umfasste, blieben jedoch offen.

[3]. Anwendung des § 287 ZPO

Innerhalb der reichsgerichtlichen Rechtsprechung spielte auch der § 287 ZPO eine gewisse Rolle. Oftmals wurde auf dessen Anwendung nur hingewiesen.¹⁵⁰ In einigen Entscheidungen war er aber von ausschlaggebender Bedeutung.¹⁵¹ § 287 ZPO ermöglichte den Richtern, sich bereits durch die Darstellung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit überzeugen zu lassen, wobei die Wahrscheinlichkeit nicht mit einem Tatsachenbeweis gleichzusetzen war.¹⁵² Es bedeutete lediglich, dass dem

¹³⁸ RGZ 102, 230.

¹³⁹ RGZ 78, 432.

¹⁴⁰ Warneyer, 1921, Urt. v. 4.11.1921, S. 7; Warneyer, 1926, 18. Jahrgang, Urt. v. 9.7.1926, S. 229; RGZ 128, 121; HRR 1932, Urt. v. 16.6.1931, lfd. Nr. 96 (Arzt trifft keine Entlastungspflicht, aber er müsste sich entschuldigen, sobald Verdacht für Kunstfehler besteht); HRR 1937, Urt. v. 21.5.1937, lfd. Nr. 1301 (Grund: biologische und physische Besonderheiten des Menschen, Urteil enthielt Ausnahmeregelung der Interessenabwägung bei erheblichen Gefahren für Patienten).

¹⁴¹ JW 1933 II, Urt. v. 6.4.1933, S. 1389; HRR, 1935, Urt. v. 21.3.1935, lfd. Nr. 1009.

¹⁴² JW 1928 II, Urt. v. 18.5.1928, S. 2213.

¹⁴³ Grundlegend HRR 1932, Urt. v. 5.4.1932, lfd. Nr. 1643 sowie HRR 1935, Urt. v. 21.3.1935, lfd. Nr. 1008; HRR 1932, Urt. v. 22.3.1932, lfd. Nr. 1828.

¹⁴⁴ HRR 1932, Urt. v. 5.4.1932, lfd. Nr. 1643.

¹⁴⁵ JW 1928 II, Urt. v. 18.5.1928, S. 2213; JW 1933 II, Urt. v. 7.4.1933, S. 2701.

¹⁴⁶ HRR 1935, Urt. v. 2.8.1935, lfd. Nr. 1579; HRR 1937, Urt. v. 21.5.1937, lfd. Nr. 1301.

¹⁴⁷ Mentz, S. 346.

¹⁴⁸ HRR 1930, Urt. v. 24.3.1930, lfd. Nr. 1097.

¹⁴⁹ RGZ 171, 168.

¹⁵⁰ U.a. RGZ 128, 121; JW 1938 II, Urt. v. 26.4.1938, S. 2152.

¹⁵¹ RGZ 118, 41; HRR 1934, Urt. v. 8.2.1934, lfd. Nr. 786.

¹⁵² HRR 1934, Urt. v. 8.2.1934, lfd. Nr. 786.

Kläger die Beweisführung bezüglich der haftungsbe gründenden Kausalität erleichtert wurde.¹⁵³

[4]. Zwischenfazit

Grundsätzlich oblag dem klagenden Patienten die Beweisführung in Hinblick auf Kunstfehler, Kausalität und Verschulden. Dennoch waren Ansätze innerhalb der Rechtsprechung erkennbar, die die Beweislast entweder dem Kläger erleichterten bzw. teilweise umkehrten.¹⁵⁴

ee. Haftungsmaßstab der Pflichtverletzung

Die wohl wichtigste Komponente zur Begründung eines arzthaftungsrechtlichen Anspruchs war der Kunstfehler. In ca. 42, 8% der zivilrechtlichen Urteile befasste sich das Gericht mit Unterschreitungen eben dieses Haftungsmaßstabs. Aufgrund der eingangs zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1912, die besagte, dass ein Arzt keineswegs mit der Sicherheit einer Maschine arbeiten könne¹⁵⁵, erscheint fraglich, ob sich damit eine Tendenz des Reichsgerichts ableiten ließ, die den Arzt im Zweifel begünstigte. Ausschlaggebend war ein objektiver Maßstab, der sich an einem durchschnittlichen Arzt des jeweiligen Fachgebiets orientierte. Diese Grundsätze deckten sich somit zumindest formell mit unserem heutigen Verständnis.

In praktischer Hinsicht war der Stand der damaligen Wissenschaft aber nicht mit unseren medizinischen Erkenntnissen und Methoden vergleichbar, weswegen auch nur augenscheinlich ein geringerer objektiver Maßstab angelegt wurde. So zum Beispiel ein Urteil vom 17.10.1919, das sich mit dem Zurücklassen einer Serviette in der Operationswunde beschäftigte.¹⁵⁶ Das Landgericht sowie Oberlandesgericht schrieben dem Arzt kein Verschulden zu und auch das letztinstanzliche Urteil erkannte, dass trotz aller ärztlichen Sorgfalt ein Vergessen von Operationsmaterial vorkommen könne. Im Gleichklang dazu war ein Richterspruch besonders interessant, in welchen das Zurücklassen einer Mullbinde im Bauchraum mit dem Vorteil der dennoch erfolgreich verlaufenen Operation „aufgerechnet“ wurde.¹⁵⁷ Eine Auffassung, die heute kaum vertretbar wäre. Eine spätere Entscheidung hinterfragte, ob das Liegenlassen von Operationsmaterial eine neue Aufgabe für den Operateur darstelle und er aufgrund des plötzlich auftretenden Umstands möglicherweise entschuldigt werden könne.¹⁵⁸

Es wurden im Gegensatz dazu aber auch Streitverfahren geführt, in welchen ein hoher Sorgfaltsmaßstab verlangt wurde.¹⁵⁹ Beispielhaft war ein Urteil, in welchem der Arzt dem Patienten ein Rezept übergab und dieser das Medi-

kament in einer Apotheke anfertigen lassen sollte.¹⁶⁰ Bei der Niederschrift des Rezepts unterliefen dem Arzt aber Ungenauigkeiten. Infolgedessen spritzte er seinem Patienten eine tödliche Injektion. Das Gericht befand ihn für schuldig, da ihm die Pflicht der höchstens Sorgfalt trafe beim Umgang mit tödlichen Arzneien.

[1]. Befunderhebungsfehler

Noch vor der eigentlichen Behandlung setzen Befunderhebungsfehler oder Verstöße bei der Übernahme einer Behandlung¹⁶¹ an. In den drei diesbezüglichen Entscheidungen ging es stets um eine unterlassene Röntgenuntersuchung, wobei in nur einem Fall der Arzt haftete.¹⁶² Laut einem Kommentar zum Urteil wäre die Röntgenuntersuchung aber hypothetisch unzumutbar, wenn der Arzt kein Röntgengerät besäße.¹⁶³ Auch im zweiten Verfahren wurde der Haftungsmaßstab im Hinblick auf eine sofortige Röntgenaufnahme gemindert.¹⁶⁴

[2]. Haftung für Erfüllungsgehilfen

In vier von insgesamt 57 Verfahren urteilte das Reichsgericht über die Haftung des Arztes für das Verschulden von Hilfspersonen. Drei Sachverhalte beschäftigten sich mit technischen Aufgaben des Personals, weswegen sich der Arzt auf deren ordnungsgemäße Ausführung verlassen durfte.¹⁶⁵ Nur in einer Entscheidung musste der Arzt sich verantworten, aber nicht für ein Verhalten seines ärztlichen Personals, sondern aufgrund einer Unachtsamkeit seiner, in der Arztpraxis tätigen, Wirtschaftlerin.¹⁶⁶

ff. Zwischenergebnis

In der Gesamtschau der zivilrechtlichen Entscheidungen lassen sich folgende Grundtendenzen ablesen. Einerseits spielte die Einwilligung des Patienten eine bedeutende Rolle, andererseits wurde dafür eine Aufklärung nicht zwangsläufig vorausgesetzt. Aus den Formulierungen einzelner Urteile war vielmehr abzuleiten, dass der Patient – zu seinem eigenen Schutz¹⁶⁷ – nicht über sämtliche Risiken des Eingriffs Kenntnis erlangen müsse.

Darüber hinaus schrieb das Reichsgericht dem klagenden Patienten grundsätzlich die Beweislast zu. Nur in einzelfallabhängigen Ausnahmen konnte hiervon abgewichen werden. Schließlich ist anzumerken, dass der objektiv anzusetzende Maßstab aufgrund des Stands der Wissenschaft nur scheinbar herabgesetzt wurde. Interessanterweise verhielten sich die beteiligten Gutachter eher zurückhaltend hinsichtlich einer Bewertung zu Lasten des Arztes.¹⁶⁸ Ein Verhalten, was noch bis vor einiger Zeit im Gerichtsalltag spürbar war. Es bestand die grundsätz-

¹⁵³ Mentz, S. 348.

¹⁵⁴ Eine generelle Beweislastumkehr bezüglich eines groben Behandlungsfehlers (wie § 630h V BGB) ist aus der Rechtsprechung nicht ersichtlich, so aber Dunz, S. 30.

¹⁵⁵ RGZ 78, 432 (435).

¹⁵⁶ RGZ 97, 4.

¹⁵⁷ HRR 1934, Ur t. v. 16.1.1934, lfd. Nr. 625.

¹⁵⁸ JW 1936 I, Ur t. v. 12.11.1935, S. 644.

¹⁵⁹ HRR 1935, Ur t. v. 3.9.1935, lfd. Nr. 1584 (Arzt haftete, da er nicht Merkblatt zur Röntgenbehandlung las, musste für Verschulden der Röntgenschwester eintreten, von der diese Kenntnis nicht verlangt wurden); HRR 1940, Ur t. v. 17.6.1940, lfd. Nr. 1117 (einschlägig war § 1299 ABGB, RG widersprach Gutachtern, die zu Gunsten des Arztes den Fall bewerteten).

¹⁶⁰ RGZ 125, 374.

¹⁶¹ JW 1938 II, Ur t. v. 7.1.1938, S. 2203 (im Urteil ist angemerkt, dass man die Sorgfaltspflicht aber nicht überspannen solle).

¹⁶² JW 1923 I, Ur t. v. 22.12.1922, S. 603; JW 1935 I, Ur t. v. 16.10.1934, S. 273; Warneyer 1931, 23. Jahrgang, Ur t. v. 20.6.1930, S. 426.

¹⁶³ JW 1923 I, Ur t. v. 22.12.1922, S. 603.

¹⁶⁴ JW 1935 I, Ur t. v. 16.10.1934, S. 273.

¹⁶⁵ RGZ 112, 290; 139, 255; JW 1927 III, Ur t. v. 16.9.1927, S. 2844.

¹⁶⁶ Warneyer, 1931, 23. Jahrgang, Ur t. v. 5.7.1930, S. 312.

¹⁶⁷ Warneyer, 1920, 13. Jahrgang, Ur t. v. 4.5.1920, S. 138.

¹⁶⁸ HRR 1935, Ur t. v. 21.5.1935, lfd. Nr. 1009, HRR, 1940, Ur t. v. 17.6.1940, lfd. Nr. 1117.

liche Überzeugung, dass man einen Angehörigen des gleichen ehrenhaften Berufsstands nicht denunzieren sollte. Mittlerweile zeichnet sich sogar eine gegensätzliche Tendenz ab.

b. Deliktgruppen

Nach der Analyse der zivilrechtlichen Verfahren erfolgt die Charakterisierung der Strafurteile in Straftaten gegen die Person, die ca. 59,6% umfassten sowie Straftaten gegen die Allgemeinheit und im Besonderen gegen die Volksgesundheit, die ca. 40,4% ausmachten. Die Einteilung der Deliktgruppen ist keineswegs als feststehend zu betrachten. Einige Paragraphen waren nicht eindeutig zu kategorisieren, weswegen sie bei hinreichender Begründung auch der jeweils anderen Gattung zugeschrieben werden könnten.

aa. Straftaten gegen die Person

[1]. Körperverletzung

In 12,8% der 47 Strafverfahren entschied das Reichsgericht über vorsätzliche gem. § 223 RStGB und fahrlässige Körperverletzungen gem. § 230 RStGB. Die Hälfte davon wurde durch Kunstfehler verursacht.¹⁶⁹ Bei einer Klage wurde der Arzt gem. § 223 RStGB beschuldigt, da er einen minderjährigen Patienten schlug, um die Behandlung an ihm durchführen zu können.¹⁷⁰

[2]. Tötungsdelikte

Die statistische Auswertung ergab weiterhin, dass ca. 40,4% der Straftaten den Tötungsdelikten zuzuordnen waren. In der Regel wurde der Arzt bzw. Heilbehandler gem. § 222 RStGB wegen fahrlässiger Tötung angezeigt. In einem Urteil kam es aber zu der Verurteilung einer Hebamme gem. § 212 RStGB.¹⁷¹ Über 80% der Fälle vermuteten einen Kunstfehler als Todesursache, was aber nicht bedeutet, dass ein solcher tatsächlich vorlag bzw. den Arzt zwangsläufig bei vorliegendem Fehler ein Verschulden traf.

Bei drei Urteilen war ferner diskutabel, ob sie unter die Tötungsdelikte zählen konnten, da die Opfer an den Folgen einer Abtreibung starben, die gem. § 218 RStGB strafnormiert war.¹⁷² Beide Urteile hielten die Abtreibung für festgestellt, im früheren Urteil wurde eine Tateinheit zwischen der Beihilfe zur Abtreibung und der fahrlässigen Tötung der Frau angenommen, im späteren konnte ein solcher Zusammenhang nicht dargeboten werden.

Von den insgesamt 14 Verfahren wegen vermuteten Kunstfehlern wurden neun gegen Heilpraktiker beziehungsweise homöopathisch praktizierende Ärzte geführt.¹⁷³ Diese Sachverhalte umfassten neben dem Vor-

wurf der Übernahme der Behandlung, das Unterlassen einen Arzt hinzuzuziehen oder eine nicht kunstgerechte Behandlung vorgenommen zu haben. An der Anzahl der Entscheidungen wird die Bedeutung der Kurpfuscherei und deren strafrechtlichen Bekämpfung spürbar.

[3]. § 330c RStGB¹⁷⁴

Ein Richterspruch beschäftigte sich mit der unterlassenen Hilfeleistung eines Arztes, der von einer Schwangeren angerufen wurde, die später an den Folgen der Geburt verstarb. Das Reichsgericht wies den Fall an die Vorinstanz zurück, die herausfinden sollte, ob das Verhalten des Arztes tatsächlich fahrlässig und kausal – also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – für den Tod der Patientin war.¹⁷⁵

[4]. § 174 RStGB

Schließlich sind zwei Urteile anzuführen, die den § 174 RStGB zum Gegenstand hatten.¹⁷⁶ Fraglich ist bereits, ob die Zuordnung zu den Straftaten gegen die Person seine Berechtigung hat. Im ersten Urteil vom 11.5.1942 wurde nämlich der Schutzbereich des § 174 I Nr. 3 RStGB dahingehend aufgefasst, dass er nicht nur die „Freiheit und Ehre des einzelnen Kranken, sondern darüber hinaus allgemein die sittliche Sauberkeit des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient“ schütze.¹⁷⁷ Auch das zweite Urteil konnte man als gleichzeitigen Angriff auf die Allgemeinheit begreifen, da hier sogar ein Arzt in seiner amtlichen Tätigkeit beim Reichsarbeitsdienst sich an einem Mädchen vergriff.¹⁷⁸ Dennoch überwog der Schutz der körperlichen Intimität der Betroffenen, weswegen die Gefahren bezüglich der Allgemeinheit m.E. nach in den Hintergrund traten.

bb. Straftaten gegen die Allgemeinheit und Volksgesundheit

[1]. Straftaten gegen das RStGB

[a]. Abtreibung

Bereits bei der ersten vorgenommenen Klassifizierung war zugleich eine Zuordnung zu den Straftaten gegen die Person denkbar. Die Abtreibung gem. § 218 RStGB bezweckte in der Hauptsache den Schutz des ungeborenen Lebens.¹⁷⁹ Die Systematik des RStGB von 1871 bewies, dass die Abtreibung ursprünglich als Straftat gegen die Person verstanden wurde. Im Gegensatz dazu wurden jedoch nur wenige Stimmen laut, die neben dem Schutz der Leibesfrucht und der Frau die deutsche Volkskraft durch Abtreibungen gefährdet sahen.¹⁸⁰ In Anlehnung an

¹⁶⁹ JW 1927 III, Urte. v. 14.7.1927, S. 2699; JW 1930 II, Urte. v. 7.02.1930, S. 1597; RGSt 74, 91.

¹⁷⁰ RGSt 61, 393 (eine umfassende Bewertung erfolgt unter D.II.).

¹⁷¹ JW 1930 II, Urte. v. 11.7.1929, S. 1595; bis zum 3.9.1941 lautete § 212 wie folgt: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Totschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft“, erst mit Änderung des RStGB am 4.9.1941 wurden die §§ 211, 212 RStGB in die heute noch gültige Formulierung geändert, RGBl. 1941 I, 549.

¹⁷² JW 1927 I, Urte. v. 9.7.1926, S. 389; HRR 1929, Urte. v. 29.10.1928, lfd. Nr. 263; RGSt 67, 206.

¹⁷³ RGSt 64, 263; JW 1932 III, Urte. v. 2.5.1932, S. 3349; HRR 1937, Urte. v. 19.3.1937, lfd. Nr. 1429; HRR 1938, Urte. v. 25.6.1937, lfd. Nr. 187;

HRR 1938, Urte. v. 15.11.1937, lfd. Nr. 857; HRR 1940, Urte. v. 7.12.1939, lfd. Nr. 391; RGSt 74, 60; RGSt 75, 324; RGSt 75, 372.

¹⁷⁴ § 330c RStGB wurde mit der Änderung des RStGB am 28.6.1935 eingeführt, RGBl. 1935 I, 839.

¹⁷⁵ RGSt 75, 160.

¹⁷⁶ RGSt 76, 149; RGSt 77, 62.

¹⁷⁷ RGSt 76, 149.

¹⁷⁸ RGSt 77, 62.

¹⁷⁹ Fischer, StGB-Kommentar, Vor §§ 218-219b StGB, Rn.2; Knauer/Brose, in: Medizinrecht, § 218 StGB, Rn. 2; Merkel, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, S. 311. Gropp, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB, Vor § 218 Rn. 13.

¹⁸⁰ Kohlrausch/Lange, StGB-Kommentar, § 218, S. 481; Liszt/Schmidt, S. 497f; a.A. Schönke, StGB-Kommentar, § 218, S. 446; RGSt 61, 242 (246); RGSt 67, 206 (207).

die obige Zuordnung zur Bevölkerungspolitik wurde die Abtreibung demzufolge zu den Straftaten gegen die Allgemeinheit gezählt. Dies entsprach auch der vordergründigen Zielsetzung des oben dargestellten Gesetzes. In der Summe beruhen fast 10,7% der 47 Urteile auf einer Abtreibungshandlung, wobei die Fälle, in denen die Abtreibung in Tateinheit zu einer fahrlässigen Tötung stand, unter die Tötungsdelikte zählten. In vier der fünf Verfahren waren die jeweiligen Mütter mitangeklagt.¹⁸¹ Darüber hinaus ging aus drei Urteilen hervor, dass sich der Arzt nicht auf § 54 RStGB berufen könne, da er selbst nicht Angehöriger der Schwangeren war.¹⁸²

Grundlegend für die Interpretation der Novellierung des § 218 RStGB im Jahre 1926 war das Urteil vom 11.3.1927.¹⁸³ Hierin erfolgte neben der Erläuterung zum neuen Tatbestand erstmals die Möglichkeit eines übergesetzlichen Notstandes zu Gunsten des Arztes. Voraussetzung war eine Güterabwägung zwischen den Interessen der Frau und dem Leben der Leibesfrucht. Darüber hinaus wurde das ungeborene Kind nicht nur als „Eingeweide“ der Mutter, sondern vielmehr als werdendes selbstständiges Wesen betrachtet. Dieses Grundsatzurteil enthielt somit modernste Ansätze, welche nicht nur die Stellung des ungeborenen Lebens besserten, sondern auch dem Arzt mehr Spielraum verliehen.

[b]. Sterilisation

Aufgrund der Tatsache, dass die Abtreibung in der vorliegenden Analyse unter die Delikte gegen die Allgemeinheit fiel, war im Gleichklang auch die Sterilisation hierunter zu zählen. Ferner ergab sich aus der Interpretation zweier Entscheidungen, dass damit eine Gefährdung für die Volksstärke einherginge.¹⁸⁴ Die Vornahme einer Sterilisation – ohne positiv gesetzliche Grundlage – wurde somit als Angriff auf den Bevölkerungsumfang gewertet.

Im ersten Urteil sterilisierte ein Arzt insgesamt 13 Frauen, welche allesamt in den Eingriff einwilligten.¹⁸⁵ Die Einwilligung sei laut Reichsgericht aber dann ohne Belang, sobald mit dem Eingriff eine Gefährdung für das „Gesamtwohl und für die Zukunft von Volk und Staat“ verbunden sei. Eine Formulierung, die offensichtlich unter ideologischer Beeinflussung erfolgte. Zudem enthält diese eine allgemeine Aussage über die Bedeutung einer deutschen Frau im Dritten Reich sowie eine abgehende Individualität des einzelnen Menschen und des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren. Der Arzt wurde bezüglich der Sterilisation gem. § 223 RStGB verurteilt.

Das zweite Urteil unterschied sich im Tatbestandsvorwurf. Hierin wurde der Arzt nämlich wegen Verstoß gegen Art. 5 Ausführungsverordnung vom 18.7.1935 zum Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses¹⁸⁶ verur-

teilt.¹⁸⁷ Dieser schrieb vor, dass eine Sterilisation die Genehmigung einer Gutachterstelle bedurfte. Nur bei unmittelbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit konnte davon abgesehen werden. Eine solche lag nach Auffassung des Gerichts jedoch nicht vor.

[c]. Betrug

Lediglich ein Sachverhalt hatte den Betrugstatbestand nach § 263 RStGB zum Gegenstand.¹⁸⁸ Hierin bezichtigte man einen Heilpraktiker der Täuschung, da er ein verdünntes Heilmittel an seine Patienten verschickte.

[2]. Straftaten gegen sonstige Gesetze

Neben den Verstößen gegen das RStGB beschäftigte sich das Reichsgericht u.a. mit dem Opiumgesetz, mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten sowie dem Heilpraktikergesetz.

[a]. Verstöße gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten

Die Verfahren, die wegen Vergehen gegen das GeschlechtskrankheitenG geführt wurden, umfassten in ihrer Gesamtheit ca. 8,5%. Drei von den vier Urteilen wurden in der Zeit des Nationalsozialismus gefällt.¹⁸⁹ Im Urteil vom 17.10.1930, was als einziges zur Zeit der Weimarer Republik entstand, handelte es sich um einen nicht mehr approbierter Arzt wiederholt gegen § 7 GeschlechtskrankheitenG.¹⁹⁰ Auch zwei weitere Verfahren wurden gegen Heilpraktiker aufgrund eines Verstoßes gegen § 7 GeschlechtskrankheitenG geführt.¹⁹¹ Bemerkenswert ist, dass alle Urteile in dem RGSt. Band veröffentlicht wurden und somit für das Gericht von gewisser Bedeutung waren. Auch wenn nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, ob hier eine ideologische Beeinflussung eine Rolle spielte, kann festgestellt werden, dass andere Urteile, die sich nicht mit rassenhygienischen Gesetzen beschäftigten, seltener im RGSt. Band veröffentlicht wurden.

[b]. Verstöße gegen das Opiumgesetz

In ca. 10,6% verhandelte das Reichsgericht über Verstöße gegen das OpiumG.¹⁹² Zumeist wurde ein Arzt beschuldigt, der einen oder mehreren Süchtigen Substanzen zukommen ließ bzw. verabreichte. In den Streitverfahren vom 25.2.1932 und 15.4.1943 wurden in der Vergabe der Opiate zugleich eine Körperverletzung gem. § 223 RStGB gesehen. Nur ein Urteil erfolgte gegenüber einem Apotheker. Dieser wurde zwar wegen § 367 Nr. 5 RStGB bestraft, thematisiert wurde jedoch die Herausgabe von Morphium, weswegen das Urteil zu den 10,6% zu zählen war.

[c]. Verstöße gegen das HeilpraktikerG

Trotz der Bestrebungen gegen die Kurpfuscherei zu Zeiten der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus urteilte das Reichsgericht nur einmal – und zwar im Jah-

¹⁸¹ JW 1926 II, Urte. v. 25.1.1926, S. 1989; RGSt 61, 242; RGSt 62, 137; RGSt 77, 252, aus JW 1937 II, Urte. v. 5.4.1937, S. 1799 geht dies nicht hervor.

¹⁸² JW 1926 II, Urte. v. 25.1.1926, S. 1989; RGSt 61, 242; RGSt 62, 137.

¹⁸³ RGSt 61, 242.

¹⁸⁴ JW 1933 III, Urte. v. 12.5.1933, S. 2060; RGSt 73, 161.

¹⁸⁵ JW 1933 III, Urte. v. 12.5.1933, S. 2060.

¹⁸⁶ RGBL. I 1935, 1035.

¹⁸⁷ RGSt 73, 161.

¹⁸⁸ HRR 1939, Urte. v. 26.1.1939, lfd. Nr. 983.

¹⁸⁹ RGSt 73, 18; RGSt 74, 229; RGSt 77, 240.

¹⁹⁰ RGSt 64, 388.

¹⁹¹ RGSt 73, 18; RGSt 77, 240.

¹⁹² RGBL. I 1929, 215.

re 1943 – über einen Verstoß gegen das Heilpraktikergesetz.¹⁹³ Feststeht, dass mit dem HeilpraktikerG das Ziel jahrelanger Anstrengung erreicht wurde. Daran anknüpfend lässt sich vermuten, dass durch das Verbot der Kurfuscherei und der damit eindeutigen Gesetzeslage eine Vielzahl von Streitverfahren nicht mehr höchstrichterlich entschieden werden mussten.

[d]. Bekämpfung übertragbarer Krankheiten

Vollständigkeitshalber ist eine Entscheidung anzuführen, in der das Reichsgericht § 1 des preußischen Gesetzes zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten¹⁹⁴ bewerten musste.¹⁹⁵ Die Revision wurde an das Berufungsgericht zurückgewiesen, da unklar war, ob der Arzt hinsichtlich der unterlassenen Meldung einer Ruhrerkrankung be dingt vorsätzlich handelte.

cc. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist darzulegen, dass der Arzt sich neben Straftaten gegen das Individuum auch wegen Vergehen und Verbrechen gegen die Allgemeinheit verantworten musste. In der Zeit von 1918 bis 1933 belief sich die Anzahl an strafrechtlichen Verfahren auf insgesamt 19, 11 davon können der Kategorie der Straftaten gegen die Person zugeordnet werden. Von 1933 bis 1945 wurden insgesamt 18 von 28 Verhandlungen wegen einer Straftat gegen eine Person geführt. In der Gesamtschau von 1918 bis 1945 urteilte das Reichsgericht in 18 Fällen über Vergehen an der Allgemeinheit.

Dass die Prozentsätze sich nahezu hälftig aufteilten, ist insbesondere der diskutablen Einordnung zuzuschreiben. Gleichfalls trugen aber die gesetzlichen Neuerungen und die veränderte Stellung des Arztes im Verhältnis zum Staat, zu diesem Ergebnis bei. Der Arzt nahm damit eine gewisse Doppelrolle ein. Zum einen musste er – wie heute auch – die Rechtsgüter seiner Patienten beachten. Zum anderen war er gem. § 19 der Reichsärzteordnung von 1935 dem Schutz und Erhalt des deutschen Erbgutes verpflichtet. Kam ein Arzt dieser Verpflichtung nicht nach, musste er teilweise empfindliche Strafen fürchten. Eine Vielzahl von Ärzten arrangierten sich jedoch mit ihrem neuen Rollenbild und sogar grenzenlose Zustimmung und Unterstützung musste aufgrund des erstarkten Ansehens innerhalb des Machtregimes verzeichnet werden. Ein moralisches Hinterfragen des einst ehrbaren Berufsstandes fehlte oftmals.

4. Ideologische Beeinflussung

Der zu betrachtende Zeitraum war gekennzeichnet durch politische und ideologische Umbrüche. Wie eingangs erwähnt, wird heutzutage die Rolle des Reichsgerichts – vor allem in der Zeit des Nationalsozialismus – differenziert betrachtet. Fraglich ist, inwieweit sich das Reichsgericht spezifisch im Arzthaftungs- und Arztstrafrecht von den Umbrüchen beeinflussen ließ. Kann man an der Argumentationsstruktur möglicherweise erkennen, dass das Gericht im Wechsel vom Kaiserreich zur Republik und von dieser zum Dritten Reich seine Argu-

mentationsstruktur änderte, anpasste oder grundsätzlich beibehielt?

a. Arbeitsweise

Zuvörderst ist streitbar, was man unter einer ideologischen Beeinflussung versteht und wie man diese analysieren möchte. Einerseits käme eine Untersuchung in Betracht, in der analysiert wird, ob die Urteile für die Zeit typische Begründungslinien enthielten und somit eindeutig einer politischen Epoche zuzuordnen waren. Eine derartige Betrachtung wäre aber zu engmaschig gewesen. Die vorliegende Betrachtung umfasst daher eine Prüfung sämtlicher Urteile nicht nur auf Begründungslinien, sondern ebenso auf bloße terminologische Besonderheiten sowie möglichen Widerstandsbestrebungen des Reichsgerichts hinsichtlich ideologischer Ansätze.

Trotz weitgehender Parameter konnte lediglich bei vier von 103 Entscheidungen ein Bezug zu einer ideologischen Beeinflussung festgestellt werden. Alle Sachverhalte wurden während des Nationalsozialismus vom Reichsgericht bearbeitet. Das bedeutet zunächst, dass eine politische Beeinflussung in den zivil- und strafrechtlichen Urteilen während der Weimarer Republik nicht ersichtlich war. Das inkludiert ferner, dass anhand der Urteile herausgefunden werden soll, ob das Reichsgericht tatsächlich ideologische Tendenzen im Hinblick auf das Arzthaftungs- und Arztstrafrecht vertrat und widerständige Bestrebungen außen vor blieben.

b. Einzelne Urteile

aa. Urteil vom 12.5.1933¹⁹⁶

Im ersten Urteil vom 12.5.1933 wurde ein Arzt unter anderem wegen der Sterilisation von 13 Frauen beschuldigt. Bei 11 Fällen wurde eine vorsätzliche Körperverletzung, sonst eine fahrlässige Körperverletzung angenommen. Die Einwilligung der Frauen sei belanglos, da in Fällen, wo die Zeugungsfähigkeit, „als Naturanlage“ für ein gesundes Volk „von so hoher Bedeutung ist“, dem einzelnen eine völlig freie Verfügung nicht zugeschrieben werden könne. Das Landgericht begründet diese Ansicht einerseits mit der sonst entstehenden Gefährdung der Vermehrung des Staatsvolkes, andererseits mit dem drohenden sittlichen Fall, der eintreten könne, wenn ein jeder sich hemmungslos geschlechtlich ausleben lassen würde. Dieser Argumentation schloss sich das Reichsgericht vollumfänglich an. Das Gericht entschied lediglich nach Körperverletzungstatbeständen, da das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses erst später verabschiedet wurde. Die Abneigung gegenüber der Individualität und Autonomie des Patienten sowie das Bekenntnis zur Hebung des gesunden Erbguts fanden aber bereits Einklang in die höchstrichterliche Rechtsprechung. Darüber hinaus solle der einzelne Arzt wegen der Wichtigkeit des Eingriffs und der bisher fehlenden „amtlichen Zuverlässigkeit“ nicht darüber entscheiden, ob die Sterilisation wirklich der Heilung diene.

Das höchste Gericht, genauer der 1. Strafsenat, brachte hiermit auch seine Ansicht über die Bedeutung des Staatsvolkes und deren Schutz im Nationalsozialismus

¹⁹³ RGSt 77, 15.

¹⁹⁴ Ewald, I, S. 92 ff.

¹⁹⁵ JW 1923 I, Urt. v. 10.10.1922, S. 253.

¹⁹⁶ JW 1933 III, Urt. v. 12.5.1933, S. 2060.

zur Geltung. Im Hinblick auf die Argumentation nahm es überwiegend Bezug auf das Landgericht. Ferner ist erstaunlich, dass die Terminologie nicht nur als bloße Phrase verwendet wurde, sondern das Reichsgericht tatsächlich dieser Überzeugung war. Die ideologische Beeinflussung ist bei diesem Urteil offensichtlich. Einer hinterfragenden oder determinierenden Argumentation entzieht sich das Reichsgericht.

*bb. Urteil vom 19.6.1936*¹⁹⁷

Konträr dazu ist ein zivilrechtliches Urteil anzuführen, in welchem eine Frau eine Einspritzung am linken Unterarm erhielt infolgedessen dieser amputiert werden musste. Die Patientin warf dem Arzt vor, sie ohne ihre Einwilligung und nicht kunstgerecht behandelt zu haben. Das OLG Trier als Berufungsinstanz schmälerte die Bedeutung der Einwilligung wegen überragender Interessen der Volksgesundheit. Zur Begründung nahm es auf das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses sowie der dazugehörigen Ausführungsverordnung Bezug.

Das Reichsgericht widersprach dieser Auffassung in mehreren Punkten. Zum einen erkannte es zwar die – durch die Reichsärzteordnung – geänderte Stellung des Arztes an, dennoch klassifizierte sie das Verhältnis zwischen Arzt und Patient als bürgerlich-rechtlich. Daraus folge der Grundsatz, dass der Arzt an die Einwilligung gebunden sei. Trotz der öffentlichen Aufgabe des Arztes konnte hiervon keine generelle Ausnahme gemacht werden. Inwieweit bei Einzelfällen mit einer ausreichenden gesetzlichen Ermächtigung anders zu entscheiden wäre, sei aufgrund der hier fehlenden Gefährdung für das Volksempfinden nicht zu erörtern gewesen – so das Reichsgericht.

Schließlich verpflichtete „das Streben nach der Gesundheit des einzelnen Volksgenossen, das mittelbar, aber auch nur mittelbar, die Belange der Volksgesamtheit berührt“ den Arzt gegenüber dem Volksganzen. In diesem Leistungsanspruch sei aber keineswegs eine Erlaubnis zu sehen, in die körperliche Unversehrtheit des Einzelnen entgegen seinen Willen einzugreifen.

Das Reichsgericht trat der Auffassung des OLGs Trier somit entgegen und hielt im Gegensatz zu diesem an den Grundsätzen ihrer eigenen jahrlangen Rechtsprechung fest. Auch wenn es die Stellung des Arztes aufgrund der RAO nun zum Teil anders bewertete, wurde dem Volksganzen keine derartige Bedeutung zugeschrieben, dass man sich über die Interessen des Einzelnen hinwegsetzen könne. Dennoch wurde die Bedeutung der Volksgesundheit thematisiert, die mittelbar durch den Einzelnen aufgehoben werden könne. Insoweit ließ auch dieses Urteil keine durchweg widerständige Auffassung des Gerichts erkennen.

*cc. Urteil vom 5.4.1937*¹⁹⁸

Im Gleichklang zur zivilrechtlichen Entscheidung verhielt sich ein strafrechtliches Urteil vom 5.4.1937, in welchem ein Arzt der Abtreibung gem. § 218 RStGB beschuldigt wurde. Hier wehrte sich das Reichsgericht

gegen die Ansicht der vorhergehenden Instanz, die annahm, dass jede Abtreibung als ein Angriff auf die Volksgesamtheit zu begreifen sei. Das Gericht bezog sich bei der strafrechtlichen Bewertung vielmehr auf die eigene Rechtsprechung ohne weitergehende Dementierung der Ausführungen des Landgerichts. Das Urteil spiegelte nüchtern die Strafbarkeitserwägungen sowie mögliche entschuldigende Umstände zu Gunsten des Arztes wider. Folglich konnte darin weder eine ideologische Beeinflussung noch ein vehementes Entgegentreten gegen das ideologisch orientierte Landgericht gesehen werden.

*dd. Urteil vom 29.11.1938*¹⁹⁹

Das Urteil vom 29.11.1938 debattierte über den Fortsetzungszusammenhang im Hinblick auf Verstöße gegen § 7 GeschlechtskrankheitenG. Das Reichsgericht verwies zu dessen Annahme einerseits auf einen Beschluss des Großen Senats vom 11.7.1936²⁰⁰, in dem angenommen wurde, dass jede Strafvorschrift das vordergründige Ziel habe, die Volksgesamtheit zu schützen. Damit würden im Gleichklang die Individualinteressen in den Hintergrund gedrängt. Andererseits bezog sich das Gericht hinsichtlich des Zwecks des GeschlechtskrankheitenG auf die Werke von *Hellwig*, *Schäfer-Lehmann* und *Stenglein-Schneidewin*, die allesamt den Schutz des Volksganzen als Strafzweck ansahen.

Das Reichsgericht erörterte den Gesetzeszweck anhand verschiedener Quellen mit dem Ergebnis, dass das GeschlechtskrankheitenG auf die Sicherung des deutschen Volkes abzielte. Ferner charakterisierte es alle Straftatbestände bezüglich ihres zu verallgemeinernden Schutzzwecks. Das oberste Gericht interpretierte – der Ideologie folgend – nicht nur Gesetze, die im Nationalsozialismus entstanden, sondern wollte den Tatbeständen, die schon vor 1933 galten, durch teleologische Auslegung eine nationalsozialistische Sichtweise abgewinnen. Die ideologische Beeinflussung äußerte sich demnach einerseits in der Verwendung der typisch rassenhygienischen Terminologie und andererseits in der zustimmenden und sogar schöpferischen Überzeugung des Gerichts.

ee. Zwischenergebnis

Die Analyse der Urteile ergab zum einen, dass drei der vier Verfahren dem Strafrecht und insbesondere den Straftaten gegen die Allgemeinheit zugeordnet werden konnten. Zum anderen ist eine geradlinige Position des Reichsgerichts in Bezug auf eine nationalsozialistische Ideologie nicht zu erkennen. Das Reichsgericht widersprach teilweise den stark ideologisch beeinflussten Urteilen der Vorinstanzen. In einigen Entscheidungen ist im Gegensatz dazu aber auch ein unterstützendes Auftreten des Gerichts erkennbar. Insbesondere der Schutz des Staatsvolkes diente als Begründung für eine zustimmende Ansicht. Weitere typisch nationalsozialistische Ansätze wie der Antisemitismus erfuhren jedoch nie eine Erwähnung in der Urteilsbegründung. Ebenso kann festgestellt werden, dass in der vorliegenden Analyse eine widerstandsähnliche Haltung des Reichsgerichts sich nicht offenbarte.

¹⁹⁷ RGZ 151, 349.

¹⁹⁸ JW 1937 II, Urt. v. 5.4.1937, S. 1799.

¹⁹⁹ RGSt 73, 18.

²⁰⁰ RGSt 70, 243 (245).

IV. Grundsatzentscheidungen

Im Anschluss an die Analyse der Rechtsprechung sind schließlich einige Entscheidungen zu bewerten, die teilweise bedeutende Änderungen innerhalb der Rechtsprechung hervorbrachten bzw. ein Spiegelbild des Ansehens des Arztes darstellten.

1. Urteil vom 16.9.1927²⁰¹

Der zivilrechtliche Richterspruch des 3. Senats vom 16.9.1927 war als ein Grundsatzurteil zu erachten, da er einerseits von mehreren späteren Urteilen zitiert wurde²⁰² und andererseits sich grundlegend zu der Beziehung Arzt-Krankenhaus beziehungsweise Arzt und Angestellte des Krankenhauses äußerte. Im streitigen Verfahren wurde erörtert, inwieweit der Arzt bei einem dem städtischen Krankenhaus gehörenden Röntgengerät haftet, wenn dieses von einer angestellten Krankenschwester bedient wurde. Die vom Kassenarzt behandelte Patientin wurde am 16.2.1922 im städtischen Krankenhaus durch die Krankenschwester durchleuchtet. Einige Zeit später verspürte die Mitklägerin eine schmerzhaftes Röntgenverbrennung. Laut Gutachter könnte diese entweder aufgrund einer falschen Bedienung durch die Krankenschwester oder durch eine fehlerhafte Anweisung des Arztes hervorgerufen worden sein. Das Berufungsgericht nahm in beiden Fällen eine Haftung des Arztes an, weswegen eine weitere Erforschung der Ursache unterblieb.

Das Reichsgericht korrigierte diese Annahme und hielt es vielmehr für maßgeblich, wer in dem Fall als Gebrauchsberechtigte des Röntgenapparates angesehen werden musste. Das Röntgengerät stand im Eigentum des Krankenhauses und wurde vom Kassenarzt, der nicht im Krankenhaus angestellt war, lediglich zeitweise benutzt. In derartigen Konstellationen sei davon auszugehen, dass der Patient – und nicht der Arzt – in ein Miet- und zumeist auch Dienstverhältnis zum Krankenhaus eintrat. Das Krankenhaus übernahm daher die Haftung für Mängel an dem benutzten Gerät sowie der Bedienung durch ihr eigenes Personal. Der Arzt durfte sich auf die hinreichende Ausbildung der Krankenschwester verlassen, er haftete somit nicht nach § 278 BGB.

Das Reichsgericht entschied mithin folgenswer zugunsten des Arztes, der grundsätzlich keine Haftung für das fehlerhafte Röntgengerät eines Krankenhauses oder deren Angestellte übernehmen musste. Entscheidend war zudem, dass ihm keine Prüfpflicht in Bezug auf die Fähigkeiten des Hilfspersonals traf. Im Dunst der verschiedenen Vertragstypen und -partner trug das Reichsgericht wesentlich zur Klärung einiger grundlegenden Fragen bei. Das Urteil war folglich nicht nur im haftungsrechtlichen Sinn von Bedeutung, sondern auch für vertragliche Unklarheiten innerhalb des Arzt- und Krankenhausrechts wegweisend.

2. Urteil vom 3.11.1927²⁰³

Das folgende strafrechtliche Urteil wurde – soweit ersichtlich – gar nicht von späteren Richtersprüchen zitiert. Dennoch ist es ein extremes Beispiel für die Interpretation des Arztberufs und dessen Ansehen zu Zeiten der Jahrhundertwende und beginnenden 20. Jahrhunderts. Inhalt der Anklage war ein beklagter Arzt, der seinen achtjährigen Patienten mehrmals ins Gesicht schlug, damit dieser den Mund für die geplante Mandeloperation öffnete. Dieser weigerte sich jedoch vehement. Das Schöffengericht als Vorinstanz sprach den Arzt frei, da es ihm im Rahmen der elterlichen Sorge der Mutter gestattet sei, den Jungen zu züchtigen, wenn dies für die Durchführung der Behandlung erforderlich sei.

Der 3. Strafsenat des Reichsgerichts erhob hiergegen Bedenken, da das Züchtigungsrecht der Mutter nur einem Dritten übertragen werden könne, wenn sie selbst zu einer derartigen Handlung befugt wäre. Diesen Rechtfertigungsgrund lehnte das Gericht aber ohnehin ab, da die Mutter – als Antragssteller – die Befugnis des Züchtigungsrechts nicht an den Arzt übertrug. Ein möglicher Rechtfertigungsgrund könne aber in dem Auftrag des Arztes bestehen, die Operation durchzuführen. Dies setze „fachkundlich anerkannte Mittel“ voraus, die zum Erfolg der Behandlung nötig seien. Beide Erforderlichkeiten lehnte das Reichsgericht aber ab. Einerseits sei auch dieser Rechtfertigungsgrund nicht gegen den Willen der Mutter anzunehmen, wovon der Arzt auch nicht irrig ausgehen durfte. Und andererseits sei aus dem Sachverhalt nicht zu erkennen, dass die heftigen Schläge die ärztliche Fachkunde umfassen bzw. diese überhaupt für die Durchführung der Behandlung elementar waren.

Das Reichsgericht wertete das Verhalten des Arztes als strafwürdig und sprach sich damit für die Interessen der Mutter und den Schutz des Kindes aus. Dennoch war es davon überzeugt, dass einem Arzt ein Züchtigungsrecht übertragen werden beziehungsweise dieser sich aus seiner ärztlichen Verpflichtung heraus rechtfertigen könne. In der JW, wo man die Entscheidung ebenso veröffentlichte²⁰⁴, kritisierte *Bohne* nicht die rechtliche, aber die tatsächliche Seite des Richterspruchs. Er meinte auch, dass aufgrund der Heftigkeit der Schläge eine Rechtfertigung auszuschließen sei. Dennoch wies er auf die ärztliche Praxis hin, in der es üblich sei, einem ungehorsamen Kind einen „Backenstreich“ zu geben, damit dieses die „Autorität des Arztes“ zu spüren bekäme.

Zur damaligen Zeit war nicht nur das Züchtigungsrecht der Eltern anerkannt, sondern auch die Übertragung dessen an Dritte. Aufgrund der Normalität in der ärztlichen Praxis wurde das Urteil daher nicht weitergehend von der Rechtsprechung oder Literatur zitiert. Der rechtliche Rahmen der elterlichen Sorge änderte sich erfreulicherweise zu Gunsten des Kindeswohls. Ferner ist das Ansehen des Arztes heutzutage anders zu werten. Ein deutsches Gericht müsste einer irgendwie gearteten Züchtigung seitens der Eltern, und erst recht seitens des Arztes vehement entgegentreten.

²⁰¹ RGZ 118, 41.

²⁰² HRR 1930, Urt. v. 24.3.1930, lfd. Nr. 1097; RGZ 139, 255; HRR 1935, Urt. v. 21.3.1935 lfd. Nr. 1009.

²⁰³ RGSt 61, 393.

²⁰⁴ JW 1928 I, Urt. v. 3.11.1927, S. 307.

3. Urteil vom 8.3.1940²⁰⁵

Das abschließende zivilrechtliche Urteil schrieb der Einwilligung eines Patienten nicht nur erhebliche Bedeutung zu, sondern verknüpfte diese mit der vorherigen Aufklärung des Arztes. Dass die Einwilligung für einen ärztlichen Eingriff erforderlich ist, wurde vom Reichsgericht seit 1894 angenommen. Eine vorhergehende umfassende Aufklärung wurde jedoch nicht stets gefordert. Die Entscheidung vom 8.3.1940 brachte diese beiden Komponente in ein Abhängigkeitsverhältnis. Thematisch verlangte eine Patientin von ihrem Arzt unter anderem Schmerzensgeld, Ersatz des Verdienstausfalles sowie zukünftigen Schadens. Sie begründete dies mit einer nicht kunstgerechten Behandlung sowie ihrer fehlenden Einwilligung zum Eingriff.

Während des Eingriffs, in dem der Arzt lediglich eine Geschwulst in der Brust entfernen sollte, nahm dieser ihr die gesamte Brust ab. Die Vorinstanzen des LGs Leipzig sowie OLGs Dresden bezogen sich überwiegend auf den möglichen Kunstfehler, der laut der Gutachter damit gerechtfertigt sein könne, dass der Arzt zu Recht einen Krebsverdacht hatte. Das Reichsgericht hielt eine Feststellung des Verschuldens des Arztes sowie des Haftungsmaßstabes aber nicht für maßgeblich. Vielmehr sei entscheidend, dass die Patientin ihre Einwilligung für die Abnahme der Brust dem Arzt nicht erteilte. Das oberste Gericht setzte dabei voraus, dass die Patientin über die Art und die Folgen des Eingriffs Kenntnis besaß.

Im Gleichklang zeigte es auch Verständnis für den Arzt, der seine Patientin vor einer möglichen Krebsdiagnose schonen wollte und es vorzog, sie nicht umfassend in Kenntnis zu setzen. Obwohl es im Einzelfall zu einer Beschränkung des Aufklärungsumfanges kommen könne, dürfe der Arzt weder auf die Aufklärung noch auf die Einholung der Einwilligung verzichten. Aus heutiger Perspektive sind die Ansätze des Reichsgerichts begrüßenswert, wobei die fehlende Klarstellung, dass eine Einwilligung stets eine vollumfängliche Aufklärung voraussetze, noch fehlte. Für das damalige Verständnis kann die Entscheidung dennoch als moderner Wegweiser begriffen werden, der den Schutz des Patienten dem Handlungsspielraum des Arztes vorzog.

V. Ergebnisse

In der Gesamtschau der 103 Entscheidungen konnten verschiedene Ergebnisse abgelesen werden. Bezugnehmend auf die eingangs gestellten Fragen, lässt sich zuvörderst anmerken, dass das Reichsgericht im Arzthaftungs- und Arztstrafrecht kaum spürbare Umbrüche manifestierte. Es nahm vielmehr Bezug auf bereits gefestigte Rechtsprechung. Infolgedessen bemerkte man während der Analyse der Urteile nur wenige Erhebungen aufgrund der politischen Änderungen. Abzüglich der bewerteten Verfahren war keine ideologische Beeinflussung des Reichsgerichts ersichtlich. Vor allem die zivilrechtlichen Verfahren beschäftigten sich mit Sachverhalten, die unabhängig von einer Ideologie entschieden wurden.

Trotz der ständigen Berufung auf die eigene Rechtsprechung kam es während der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus auch zu einigen Neuerungen. Bei den zivilrechtlichen Entscheidungen ist neben der generellen Anwendung des Anscheinsbeweises die steigende Bedeutung der Aufklärung für die Einwilligung anzuführen.²⁰⁶ Die strafrechtlichen Richtersprüche spiegelten einerseits typische Straftatbestände, wie die fahrlässige Körperverletzung und Tötung infolge eines Kunstfehlers wider. Andererseits kamen durch gesetzliche Änderungen Delikte hinzu, über welche das Reichsgericht während der Weimarer Republik bzw. des Nationalsozialismus erstmals entscheiden musste. Die darin aufkeimenden Begründungsmuster des „gesunden Volksempfindens“ sind dem generell gesteigerten materialistischen Denken des Reichsgerichts geschuldet, womit es sich über formelle Grenzen hinwegsetzen konnte.

Das Reichsgericht als oberste Instanz musste nüchtern betrachtet, die gesetzlichen Änderungen in ihre Rechtsprechung aufnehmen. Deren Interpretation erfolgte teilweise dem Nationalsozialismus (in seinen Ansätzen) zustimmend. Das Gericht erkannte die neue Rolle des Arztes innerhalb des Systems weithin an und entschied oftmals dieser volksverpflichtenden Stellung entsprechend. Ein klares Widerstreben gegenüber den gesetzlichen Neuerungen bzw. deren ideologischen Zweck wurde nicht vorgenommen. Das Reichsgericht arrangierte sich in den aufgezeigten Urteilen vielmehr mit dem bestehenden System, ohne weder eine gänzlich anerkennende noch ablehnende Position einzunehmen.

Überleitend zur heutigen Rechtsprechung des BGH sind neben vielen Gemeinsamkeiten, wie die Beweislastverteilung, der objektive Maßstab für Kunstfehler sowie die prozentuale Häufigkeit der Fahrlässigkeitsdelikte auch Differenzen zu vermerken. Die Rechtsprechung des BGH schreibt beispielweise der Abhängigkeit zwischen Einwilligung und Aufklärung eine grundlegende Bedeutung zu, was sich schließlich seit 2013 auch in § 630e Abs. 1 BGB niederschlug. Darüber hinaus entwickelten sich Prinzipien wie der Anscheinsbeweis, das vollbeherrschbare Risiko sowie die Beweislastverteilung bei einem groben Behandlungsfehler weiter. Die ersten Ansätze hierfür gingen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zurück.

Letztlich ließ sich aus der verhältnismäßig geringen Anzahl an Urteilen, die das Arzthaftungs- und Arztstrafrecht thematisierten, ablesen, inwieweit das Reichsgericht wirklich grundlegende Änderungen vollzog. In dem Betrachtungszeitraum von 27 Jahren wurden lediglich 103 Entscheidungen veröffentlicht, die für die Analyse von Relevanz waren. Das Reichsgericht führte seine Rechtsprechung bezüglich des Arzthaftungs- und Arztstrafrechts trotz politischer Umbrüche und Systemänderungen im Wesentlichen fort.

Literatur

Binding/Hoche, Die Vernichtung lebensunwerten Lebens, Leipzig 1920.

²⁰⁵ RGZ 163, 129.

²⁰⁶ Voll, S. 9.

- Bornmann, Die Haftpflicht des Arztes, Inaugural-Dissertation der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen, 1928.
- Buschmann, 100 Jahre Gründungstag des Reichsgerichts, Zur Entwicklung der Höchstgerichtsbarkeit in Deutschland, NJW 1979, S. 1966 – 1973.
- Dinges (Hrsg.), Medizinkritische Bewegungen im Deutschen Reich (ca. 1870 – ca. 1933), Stuttgart 1996.
- Dunz, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaften, Karlsruhe 1974.
- Ebermayer, Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für Kunstfehler, Leipzig 1918.
- Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung, Berlin 1924.
- Ebermayer, Der Arzt im Recht, Rechtliches Handbuch für Ärzte, Leipzig 1930.
- Ebermayer/Finkenrath/Freyer/Gerbis/Grotjahn/Richter, Lutz/Zangger, Der Arzt und der Staat, Vorträge des Instituts für Geschichte der Medizin an der Universität Leipzig, Leipzig 1929.
- Eckart/Jütte, Medizingeschichte, 2. Auflage, Köln 2014.
- Eser (Hrsg.), Recht und Medizin, Darmstadt 1990.
- Ewald, Soziale Medizin, Band I, Berlin 1911.
- Fischer, Kommentar zum StGB, 66. Auflage, München 2019.
- Gropp, Schutzkonzepte des werdenden Lebens, Frankfurt am Main 2005.
- Grünbaum, Ärzte und Krankenkassen, JW 1929, S. 2221 – 2224.
- Hirsch, „Die Unterbrechung der Schwangerschaft“, ZStW Bd. 38, S. 494 – 501.
- Hübner/Warneyer, Haftpflichtfälle aus der ärztlichen Praxis in der juristischen Beleuchtung, Berlin 1939.
- Jasper/Majer/Oldenhage/Rüping/Sellert, Justiz im Nationalsozialismus, Niedersächsische Landeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), 1985.
- Joecks/Miebach, Münchner Kommentar zum StGB, Bd. IV, 3. Aufl., München 2017.
- Jütte (Hrsg.), Die Geschichte der Abtreibung – Von der Antike bis zur Gegenwart, München 1993.
- Kallfelz, Das ärztliche Berufsgeheimnis nach der Reichsärzteordnung, JW 1936, S. 1343 – 1347.
- Kaufmann, Das Ärzterecht, JW 1932, S. 3302 – 3303.
- Kaul, ...und das von Rechts wegen, Berlin 1961.
- König, Haftpflicht des Arztes, Leipzig 1937.
- Kohlrausch/Lange, Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen, 38. Auflage, Berlin 1944.
- Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Auflage, München 2010.
- Lentz (Hrsg.), Veröffentlichungen aus dem Gebiete der Medizinalverwaltung, 27. Band, 1. – 10. Heft, Berlin 1928.
- Lilienthal, „II. Sozialwirtschaftliche und sozioethische Vorgänge und Erfahrungen“, ZStW Bd. 38, S. 523 – 529.
- Listz/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Auflage, Berlin 1927.
- Mentz, Die Beweislastumkehr in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Frankfurt am Main 2010.
- Moser, Ärzte, Gesundheitswesen + Wohlfahrtsstaat, Zur Sozialgeschichte des ärztlichen Berufsstandes in Kaiserreich und Weimarer Republik, Freiburg 2011.
- Noras, Die Haftpflicht des Arztes, Inaugural-Diss. Friedrich-Wilhelms-Universität Breslau, 1928.
- Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Auflage, Band 2, Berlin 1927.
- Riha (Hrsg.), 'Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens', Beiträge des Symposiums über Karl Binding und Alfred Hoche am 2. Dezember 2004, Aachen 2005.
- Rilk, Die Rechtswidrigkeit der Indikation zum Zwecke der Abtreibung und der Unfruchtbarmachung unter der besonderen Berücksichtigung der Entscheidung des RG. vom 12. Mai 1933, JW 1933, S. 2037 – 2039.
- Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, Stuttgart 2010.
- Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939.
- Schönke, Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 1942.
- Schroeder, Abtreibung – Reform des § 218, Berlin 1972.
- Spickhoff, (Hrsg.), Kommentar zum Medizinrecht, 3. Aufl., München 2018.
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum Einführungsgesetze, Band II, 9. Auflage, München 1928.
- Teufel, Der Arztvertrag, Inaugural-Diss. Eberhard-Karls-Universität Tübingen, 1919.
- Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 5. Auflage, Heidelberg 2015.
- Voll, Die Einwilligung im Arztrecht, Frankfurt a. M. 1996.

Debate: The Administrative Courts: Antecedents of Contentious-Administrative Jurisdiction.

Sara Moreno Tejada

I. INTRODUCTION.

The most immediate antecedent to the contentious-administrative jurisdiction can be found in the laws of 2nd April¹ and 6th July 1845². This legislation established two new entities in Spain: the Provincial Council and the Royal Council. Both corporations had a complex legal status as they comprised both advisory and jurisdictional bodies. Their introduction was justified because of the need to reform the Public Administration inherited from the Old Regime and to build one that was new, strong, centralised, efficient, thorough and fast.

Following the ideology defended by doctrinaire liberalism, the publicists of the time agreed that achieving this objective would require two actions: on the one hand, the reorganisation of administrative staff, and on the other hand, the exclusion of the Ordinary Courts from hearing matters where public interest was the subject of litigation. The resolution of these issues had to remain with the Executive itself, otherwise the actions of the Courts would be limited and slowed down. For this reason, it was essential to create corporations that would be integrated within the administrative structure and would be responsible for solving conflicts where public interest was a party. According to arguments by its advocates, this would be the only way to put an end to the abuses and existing dysfunctional government actions³.

These ideas would become a reality after the moderate party came into power. The start of this historical period would be characterized by aspects that include the conservative leaders' control over political life, the triumph of eclecticism as the philosophy and governing standards of day to day practice, and the construction of a Provincial Administration true to the French pattern, based on the principles of rationalisation, centralisation, uniformity and effectiveness⁴.

In the following pages, we will analyse the contentious-administrative justice established by the moderate party. More specifically, we will make a special reference to the composition, functions and competences of the Provincial Councils and Contentious-Administrative Courts of

the first instance. To do so, we will examine the regulations and doctrine from that period, and we also refer to the press of that time in order to briefly outline the predominant public opinion about these institutions.

II. THE MODERATE MODEL.

The political tensions arising after the death of Fernando VII led to reforms which would be decisive to the country; the most noteworthy of which were those carried out in the Public Administration, whose renovation was one of the greatest concerns of that time⁵. Within the emerging doctrine, there was a conviction that the prosperity or penury of the State depended directly on the greater or lesser goodness of administrative measures⁶. As this was a key institution to the leadership of the nation and to the well-being of the towns its renovation was urgent⁷.

The establishment of a strong and efficient Public Administration would firstly require creating a body that was independent from others that existed in the State. In this sense, one of the principal and urgent measures to be adopted was the complete separation of powers by identifying which matters that should be attributed to each one. To be exact, it was necessary to clearly separate government functions from legal functions, which up until then had been confused⁸.

Secondly, it was necessary to put an end to the decentra-

¹ Gaceta de Madrid, N°. 3860, April 9th, 1845.

² Gaceta de Madrid, N°. 3955, July 13th, 1845.

³ "(...) Es indudable que sobre el país pesa una administración anárquica, viciosa, y que casi todos los días el Gobierno tiene precisión de apelar á medidas excepcionales: una administración mala en la parte de gastos municipales; una administración mala en una porción de objetos de interés que están sujetos á su cuidado, como son los montes y plantíos; una administración, en fin, que hace casi imposible ninguna mejora si no se empiezan reforzando las leyes que la establecen. (...)", *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (from now on DSCD), December 5th, 1844, Núm. 48, p. 848.

⁴ JOVER ZAMORA, JOSÉ MARÍA, *La civilización española de mediados del s. XIX*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, p. 21.

⁵ "(...) El mismo caos ha presidido á la administración: los desórdenes de que los pueblos eran víctimas han continuado en triste progresion; el fatal sistema de consumir anticipadamente los productos del Estado ha aumentado el conflicto de los contribuyentes; la falta de cumplimiento á todo lo prometido ha hecho crecer el descrédito del Gobierno; y empleados en activo servicio, jubilados, cesantes, viudas, soldados, acreedores del Estado, sacerdotes, vírgenes encerradas en los claústros, corporaciones populares que tocan de cerca y participan de los males que afligen á los pueblos, todos dirigen quejas sobre su abandono y nunca han sido escuchadas (...)", DSCD, miércoles, 21 de noviembre de 1838, Núm. 12, p. 175. En el mismo sentido el parlamentario Seoane aseguraba, unos días antes, que "(...) el desarreglo en la administración pública es inmenso, es escandaloso, es insufrible y nos lleva derechos á la ruina (...)", DSCD, November 15th, 1838, Núm. 6, p. 53.

⁶ NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de Madria Cristina*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 78.

⁷ "Últimamente, si fuera preciso todavía mas para comprender la existencia, la índole y la importancia de esta institucion en el Estado, bastaría fijarse en la sencilla y vulgar consideracion de que este no puede prescindir de esa potencia que, como dicen el señor Burgos y Mr. Vivien, recibe al hombre en su seno desde el instante de su nacimiento, que le acompaña, le ilustra, le protege, le socorre y le ayuda en todos los periodos de su vida, que le asiste en el trance de la muerte, que honra su memoria cuando se hizo digno de semejante distincion y que, por fin, cuida de que sus cenizas reposen en perpétua paz. Tal es la Administración, tales son sus servicios en los pueblos cultos.", PANTOJA AGUDO, JOSÉ MARÍA, *Repertorio de la Jurisprudencia Administrativa española*, Madrid, 1869, p. XI.

⁸ GARRIDO FALLA, FERNANDO, "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España" in *Revista de Administración Pública*, Núm. 55, 1968, p. 9.

lism represented by the law of 3rd February 1823⁹. Its detractors considered it an aberration for the interests of the State, denouncing the anarchical situation of the provincial and municipal corporations. It was essential to deny them their political functions, which were not only extraneous to territorial interests but also misrepresented them¹⁰. Centralisation was conceived as an imperative measure for the modification of certain political and social structures to be carried out, for example, the guilds - typical of the Old Regime¹¹.

In keeping with this rationale, the Provincial Councils were established in Spain, forming an institution with a two-sided legal form - advisory and contentious-administrative - that would be configured as directly dependent on the civil government. This new corporation would substitute the Provincial Governments in a broad range of powers, denying them most of their functions¹². It is therefore necessary to look deeply into the intricacies of the moderate ideology regarding the principle of the division of powers and centralism so as to try and understand the reasons that led to these important changes being introduced in the Public Administration of the State.

1. Changes in the principle of separation of powers.

After the moderate party came into power and the theses sustained by doctrinaire liberalism were applied, changes were made to the principle of the division of powers constructed by Montesquieu¹³. What was then known as "Judicial Power" would no longer exist as such but, based on the French regulation and doctrines, it would be considered as a branch within the Executive¹⁴. In this way, only two powers would exist in the State: Legislative and Executive. The former was responsible for enacting ordinary legislation directed at the whole country. For its part, the latter would be responsible for prescribing individual measures, usually interpreting legislative measures and adapting them to the district, solving doubts that could arise and settling all those aspects that the legislator might have been unable to specify¹⁵.

The Administration and the Courts had a common supreme leader, the king¹⁶, and both had the duty of executing the laws emanating from Parliament¹⁷. The definition

⁹ "¿Hay ninguna persona sensata hoy, que crea que con dicha ley se pueda no ya malamente gobernar y regir la administración de los pueblos; sino siquiera mantenerlos en la paz y orden habitual, que es el beneficio que cuando menos debe dispensarseles? Según esta ley las Diputaciones provinciales son todo y los ayuntamientos son mucho; al paso que los agentes y representantes del gobierno, no son nada. Es verdad que pueden estos disponer de la fuerza del ejército, si la necesitan, pero las diputaciones y los ayuntamientos disponen de todos los verdaderos resortes de la máquina, y son en realidad los verdaderos gobernantes. ¿Y una organización de este género, que pone a los representantes del gobierno en el caso de tener que apelar a la fuerza, para contrarrestar el poderío de una corporación, que habituada a mandarlo todo debe estar con frecuencia dispuesta a desobedecer; una organización de este género puede considerarse ni discreta siquiera, según el más diminuto sentido de esta palabra? ¿El hacer esto no sería confesar que el gobierno y la administración de los pueblos se ha mirado y se mira como una verdadera tramoya, y que con la máscara de una organización cualquiera se ha cubierto un volcán, ó se ha organizado una verdadera anarquía, para que estalle cuando convenga? (...)"; DIAZ, VENTURA, Estudios prácticos, administrativos, económicos y políticos, Tomo II, Madrid, 1855, ppp. 145-146.

¹⁰ "(...) La heterogeneidad de las atribuciones altera, por otra parte, el carácter de estos Cuerpos, que debiendo ser siempre económico y administrativo se convierte a veces en político; y tal es el que ostentan en realidad, cuando ejercen la singular y exorbitante prerrogativa de alterar a discreción las circunscripciones electorales y de ensanchar o estrechar la esfera del electorado.= Pero ¿están siquiera compensados con algunas ventajas los inconvenientes de esta multiplicidad y heterogeneidad de atribuciones? No, con ninguna. Por de contado, Corporaciones populares dotadas de facultades políticas fueron casi siempre, y sobre todo en tiempos de revueltas civiles y desquiciamiento social, instrumentos de pasiones en vez de agentes de prosperidad. (...)"; ROCA ROCA, EDUARDO, Las ideas de Administración de Javier de Burgos, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, p. 155.

¹¹ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIAN, "Introducción" in MARTIN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIAN, Descentralización administrativa y organización política, Tomo I, Aproximación histórica (1812-1931), Hombres, hechos e ideas, ediciones Al-faguara, Madrid, 1973, pp. XXXV-XXXVI.

¹² PÉREZ JUAN, JOSÉ ANTONIO, Centralismo y descentralización. Organización y modelos territoriales en Alicante (1812-1874), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, p. 119.

¹³ "(...) la teoría del autor del Espíritu de las leyes, por más que sea de gran importancia, ha recibido modificaciones, y hoy se considera defectuosa, creyendo más adecuado que entren en la división dos miembros solamente. El uno encargado de formar la ley, y el otro en hacer que se cumpla y se ejecute. El primero se llama poder legislativo, y el segundo ejecutivo. (...) Al poder legislativo corresponde dar reglas y establecer principios generales, que consagra al servicio y bienestar de la sociedad; al poder ejecutivo toca su cumplimiento, dando vida y acción a la letra muerta de la ley."; DIAZ UFANO Y NEGRILLO, JOSÉ, Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la Península y Ultramar, Madrid, 1866, p. 2.

¹⁴ "(...) los publicistas modernos Comenin, Macarel, Henrion de Pansey, Foucard, Serrigni, que han estudiado en abstracto la noción del poder, ha[n] impugnado la teoría de Montesquieu, afirmando la unidad é indivisibilidad de su esencia, pero admitiendo distintas formas en su ejercicio al separar la facultad deliberativa de la ejecutiva; es decir, la potestad de dictar de la de aplicar leyes; separación necesaria, como quiera que la división de los poderes públicos, si no precisa y propia considerada filosóficamente la noción del poder, es conveniente en cuanto a su aplicación y a sus efectos políticos.= Hay pues en la teoría modernamente formulada sobre el poder dos distintas manifestaciones en cuanto a su ejercicio: el poder legislativo, y el poder ejecutivo, que a su vez se subdivide en los tres órdenes, ejecutivo, administrativo y judicial, no constituyendo el último un poder diferente del ejecutivo, sino un aparte del mismo, si bien se le da también el nombre de poder, por ser sus caracteres distintivos la inmovilidad de sus funcionarios y la independencia de sus funciones. (...)"; ARCOS ORODEA, LORENZO, "Estudios sobre las competencias" in La escuela del Derecho, Revista Jurídica, Tomo II, 1863, pp. 223-224.

¹⁵ DE POSADA HERRERA, JOSÉ. Lecciones de Administración, Tomo I, Madrid, 1843, p. 72. In similar terms expressed it Gómez de la Serna. According to this author the mission of the parliament was to dictate general and permanent rules, that received the character of laws and that were acts of sovereignty. For its part, the executive power must execute the same regulation, safeguarding its correct implementation. To carry out this function had the executive power had faculty of expedite ordinances, regulations and instructions that must be destined to supply the silence or the failure of the laws of the parliament, regulating the practical details, GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, Instituciones del Derecho Administrativo español, Tomo I, Madrid, 1843, pp. 16-17.

¹⁶ COLMEIRO Y PENIDO, MANUEL, Derecho administrativo español, Tomo II, Madrid, 1858, p. 41.

¹⁷ "El poder ejecutivo se halla también dividido en su ejercicio; pues así como las leyes en las reglas y en los principios que establecen, miran por los intereses públicos y atienden a las relaciones de los particulares entre sí, del mismo modo el poder ejecutivo (...) considera estos dos objetos (...). Puede decirse por lo tanto que la ejecución de la ley es un acto complejo que se descompone y se subdivide, naciendo de él dos ramas encargadas respectivamente de darla impulso y movimiento; la una llevando a efecto sus disposiciones

of the powers that had to be discharged by each of them depended on the subject of the litigation. When only the rights of private individuals came into play in a legal dispute, it corresponded to ordinary jurisdiction. However, when the conflict affected general interest it was no longer competent¹⁸, as this would entail direct control over the Executive by the Judicial Power, removing all independence between them, with the latter placing itself above the former since it would have the capacity to control its acts¹⁹. Doctrine asserts that by subjecting this type of litigation to the common Courts and Tribunals, the good service of the State was seriously compromised, hindering the Government's actions²⁰. The only solution

de interés general, y aplicando la otra a las que se refieren al derecho del individuo. La que cuida de la ejecución de los servicios públicos y vela por los intereses generales, toma el nombre de Administración. El orden judicial es el que tiene la misión de ejecutar las leyes de interés privado (...)", DÍAZ ÚFANO Y NEGRILLO, JOSÉ, Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas..., op.cit., pp. 2-3.

¹⁸ As an example, delineated clearly the functions of Administration and Courts. Said: "(...) como las leyes pueden referirse á los intereses del ciudadano particular ó á los intereses de la sociedad en general, ó á las relaciones de esta con el individuo, se divide el poder ejecutivo en dos brazos distintos; el uno encargado de los intereses generales de la sociedad que se llama poder ejecutivo, y mejor dicho poder administrativo; el otro encargado del cumplimiento de las leyes civiles y de la resolución de las cuestiones que ocurren entre los particulares, que se llama poder judicial; (...)", DE POSADA HERRERA, JOSÉ, Lecciones de Administración..., op.cit., p. 69. The same way said it Antonio Alcántara y Pérez y Juan De Morales Serrano: "Así como la Justicia cuida de los intereses privados y el Derecho civil estudia al hombre en sus relaciones individuales de familia ó de sociedad, así la Administración cuida de los intereses generales y estudia las relaciones entre el individuo y el Estado. Como ambos órdenes, judicial y administrativo, ejecutan las leyes que se relacionan con los individuos, velan por su bienestar y atienden a sus derechos, á sus necesidades y á sus actos, si bien el primero se limita á lo puramente privado y el segundo se circunscribe á lo que es público, hay en la práctica un frecuente roce y contacto entre la Justicia y la Administración (...)", ALCÁNTARA Y PÉREZ, ANTONIO Y DE MORALES SERRANO, JUAN, Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos, Tomo I, Madrid, 1866, p. XIX.

¹⁹ "Conseguiríase, en efecto, decidiéndose las contiendas administrativas por los tribunales de justicia, la ventaja de dar suficientes garantías al interés general, á costa de haber ahogado a la administración entre interminables dilaciones, cuando su carácter peculiar es la rapidez y la simultaneidad; á costa de haberla sometido, encadenado, aniquilado; al paso que su acción desembarazada y libre, es no ya una necesidad ó conveniencia de tal ó cual forma de gobierno, sino una condición de existencia del orden social. (...)", SILVELLA Y BLANCO, FRANCISCO AGUSTÍN, Colección de Proyectos, dictámenes y Leyes Orgánicas ó estudios prácticos de la Administración, Madrid, 1839, p. 188. The same opinion had Alejandro Oliván: "Consistiendo la jurisdicción contenciosa en la intervención y reforma de los actos de la administración pura ó activa, es necesario que la misma administración tenga la fuerza de superar los obstáculos que se opongan á su marcha. De otro modo el gobierno no sería un poder, sino que estaría sujeto á la autoridad judicial, carecería de espontaneidad de movimiento, y la responsabilidad ministerial desaparecería, porque claro es que la responsabilidad supone libertad de acción.= Así es que, si los tribunales ordinarios conociesen de los negocios administrativos, la dignidad de la corona tendría un superior en el juez de sus hechos o sus agentes (...)", OLIVÁN Y BORRUEL, ALEJANDRO, De la Administración Pública con relación a España, Madrid, 1843, p. 70.

²⁰ Pedro Gotarredona said: "Es un principio fundamental que los actos administrativos no pueden ser anulados, reformados ni interpretados sino por la administración misma, por cuanto su acción debe ser libre y desembarazada para el cumplimiento de los deberes que la Constitución le ha impuesto al confiarla la ejecución de las leyes, y el impulso y la protección de los intereses sociales.= ¿Y cómo no se ha de falsear, no ha de conculcarse ese principio, si se subordina la Administración á tribunales ordinarios, si se hace po-

to avoid this problem consisted in constructing a contentious-administrative justice which would be embodied in some collegiate entities integrated in the Administration and directly dependent on the monarch²¹.

2. Centralism.

The moderate party adopted the French vision of a strong State which would be driven in unison by central forces²². For the followers of doctrinaire liberalism, together with the independence of Executive power from Judicial power, centralism was the key to the construction of a strong rapid, simultaneous justice, capable of protecting all legitimate interests and securing public peace²³. To sum up, the aim was to establish an administrative hierarchy where all public employees would be subordinate to one another, so that government action could be extended from one point to each and every one of the territorial units that existed in Spain²⁴.

This territorial structure would reach its maximum expression with the enactment of the laws of 8th January and 2nd April 1845, which modified provincial organisations, limiting the autonomy of elected corporations and creating the Provincial Councils. This institution was a clear illustration of the centralism established by the moderate party: in its composition, since it was comprised of

sible que puedan estos estorbarla y detener su marcha?= ¿Cómo, además, cabe que residiendo el poder ejecutivo en sumo imperante, se imponga á este, en mengua de su prestigio, un superior que la censure?", GOTARREDONA, PEDRO, "Jurisdicción contencioso-administrativa" in GALLOSTRA Y FRAU, JOSÉ, Colección bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1882, p. 352.

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de Paradigma?, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 37.

²² ARENILLA SÁEZ, MANUEL, "La ciencia de la Administración en la época de Oliván" in GIL CREMADES, JUAN JOSÉ, SEOANE VACAS, CORAL, NAGORE LAÍN, FRANCHO, Y VICENTE Y GUERRERO, GUILLERMO, La configuración jurídica política del estado liberal en España: actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de Alejandro Oliván (1796-1996), Huesca, 12-13 de diciembre de 1996, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1997, p. 190.

²³ "La administración general, la que tiene por objeto los intereses generales del Estado, está y debe estar centralizada en las manos del poder ejecutivo; debe ser además independiente, porque solo así podrá remover los obstáculos producidos por los poderes rivales, y solo así, asegurada su libertad de acción, podrá ser responsable de sus actos. Pero no basta que el Gobierno reasuma la administración general; necesita también ser bastante fuerte para vencer todas las resistencias locales, necesita de agentes que, revestidos de la autoridad necesaria, le representen en todas las partes para hacer aplicar las leyes protectoras de las personas y de las propiedades, exigir el cumplimiento de las cargas públicas impuestas á unas y á otras, adoptar y poner en ejecución todas las medidas generales que tengan por objeto la prosperidad de la agricultura, del comercio y de la industria, y vigilar en fin la conservación de todas las cosas destinadas al servicio público y la observancia de todas las disposiciones de policía general. (...)", DÍAZ DE ARGÜELLES, ISIDRO, De los Consejos Provinciales, Madrid, 1847, pp. IV-V.

²⁴ "Todos los agentes de la administración deben estar dependientes y subordinados los unos á los otros, de manera que la acción administrativa partiendo del centro, se comunique á todos los extremos; y vuelva después de los extremos al centro, así como la sangre del cuerpo humano partiendo de un solo punto, se estiende á todas las estremidades del cuerpo y vuelve al centro de donde había partido para purificarse por medio de la respiración. Lo mismo la administración debe partir del centro á las estremidades, y volver de estas al centro para corregir aquellas disposiciones, no tan útiles y provechosas como debían ser á los administrados.", DE POSADA HERRERA, JOSÉ, Lecciones de Administración..., op. cit., p. 147.

a political leader and between three and five councillors directly appointed by the king; and in its interior governance, which directly corresponded to the superior civil authority of the province. Some of its powers included naming the secretary and ushers, appointing the interim vice-president and also the supernumeraries to be engaged. It also decided about which petitions and lawsuits had to be sent to the contentious-administrative Court because they were matters of its competence. Likewise, it was responsible for naming a defender of the common good or for authorising one to be named by administrative entities or civil servants, whose acts unleashed controversy²⁵. These circumstances contributed to a negative opinion being formed about this novel advisory body, since its jurisdictional facet implied that what had been settled by the administrative court could subsequently be settled in the contentious-administrative court by the same authority. That is to say, the Executive became judge and party in its own proceedings²⁶.

III. THE PROVINCIAL COUNCILS.

On 9th October 1844, the Government applied to the Cortes for the authorization to carry out the reform of the Public Administration of the State through legislative delegation. Resorting to this parliamentary technique was justified by the urgency of the changes that they aimed to make and the need to avoid the slowness that prevailed in the parliamentary debates²⁷. Although it was a very questionable way of proceeding²⁸, public opinion

mostly considered it an inevitable and even laudable sacrifice to be able to achieve the desired progress²⁹.

Once Parliament gave its approval, the laws of 8th January and 2nd April 1845 regulating local and provincial Administration were immediately enacted. As previously pointed out, this regulation would introduce a new institution into the Spanish administrative-territorial structure, the Provincial Council, both an advisory body of the highest authority in the province and Court of the first instance for deciding on contentious-administrative matters³⁰. The public's perception of this institution was diverse. For the doctrine and moderate press, it would put an end to the confusion of governmental and economic powers within the same entity³¹, and would enlighten the

¿Qué es esto, gobernantes? Cómplices de la tiranía, ¿qué es esto? Si queréis despotizarnos á la francesa y convertir á las autoridades populares en meros cuerpos suplicantes: si queréis troncar el poder del pueblo en una esclavitud positiva; la administracion en imponentes cuerpos consultivos; el derecho de obrar en concedida facultad de pedir; la sumision á la ley en veneracion estúpida á los agentes del gobierno, la potencia administrativa en elemento de juicios semicontradictorios; en una palabra, el orden político continuo de la nacion en despotismo y servidumbre habitual, permanente, eterna; dad á España otro clima, otras costumbres, otros recuerdos históricos, otra division natural, otro sol, otra tierra, otros frutos y otro carácter. Sin cumplimiento de tan imposibles condiciones, es impracticable la mudanza., Eco del Comercio, Núm. 6547, October 20th, 1844.

²⁵ Articles 4, 5, 10, 22, 27, 37 and 44, regulation of October 1st, 1845, Gaceta de Madrid, Núm. 4038, October 4th, 845.

²⁶ "La jurisdiccion delegada, dicen unos, es la única que puede dar garantía del éxito del litigio, y aún de rectitud é independencia en el fallo; porque, de una parte, de nada sirve que este sea justo, tal como lo acuerde el Tribunal de jurisdicción retenida, si despues el Gobierno puede variarle; y de otra, el Tribunal mismo, ante ese temor, procede sin fé, sin la autoridad que necesita, y sin la responsabilidad que debia ser el correctivo de sus actos. Si á esto se agrega, añaden, que el Tribunal es amovible á voluntad del Gobierno, se amengua mucho más su autoridad. Parece, por último, inmorale que venga a fallar un litigio aquel que, después de todo, es parte en el mismo.", GALLOSTRA Y FRAU, JOSÉ, Lo contencioso-administrativo, Madrid, 1881, p. 17.

²⁷ "El Gobierno ha apelado al medio que propone, forzado á ello por una urgente y apremiante necesidad, porque el mejor medio, si fuese posible, seria presentar las leyes á la Córtes para que artículo por artículo lo pasasen por el tamiz de una discusion lenta; pero esto es imposible, y al país es preciso darle leyes aunque no sea de ese modo.", DSCS, October 26th, 1844, Núm. 13, p. 86.

²⁸ "¿A qué concretaremos hoy algunas reflexiones? A ese proyecto bastardo, á ese artículo único que dice así: Se autoriza al gobierno para arreglar la legislacion relativa á los ayuntamientos, diputaciones provinciales, gobiernos políticos y consejos de administracion, poniendo desde luego en ejecucion las medidas que al efecto adopte, dando despues cuenta á las cortes.= ¿Pero dónde estan los proyectos, dónde las bases, dónde los pensamientos del gobierno? ¿Qué ministerio constitucional es ese que quiere cortes ciegas, cortes que se desprendan de sus mas altas atribuciones, cortes que consagren prepotencia y anticipadamente una raza de despotismo que jamas se ha conocido ni practicado en los mas turbados tiempos de la monarquía española? Parece un sueño lo que estamos leyendo. No pedís un voto de ilustrada confianza para levantar un edificio modesto sobre dados cimientos; sino que pedís una autorizacion absoluta para arreglar, para formar, para concebir, para ordenar, para poner en egecucion y en práctica una legislacion inmensa, de trascendencia suma, de extraordinario poder, de eficacia y de influjo extraordinarios; una legislacion que crea y dispone toda la vida del pueblo administrativo y político fuera de las elecciones y de la accion de la prensa que dáis por muerta desde que imagináis verla despojada del grande y protector escudo del juicio por jurados=

²⁹ Among others El Castellano y El Pensamiento de la Nación. According to El Castellano: "(...) No tiene duda que es una fatalidad que esa reorganizacion haya de hacerse por medio de una autorizacion; pero todos convienen en que hay peligro en seguir como hasta aqui, y en la imposibilidad de sujetarla en las presentes críticas circunstancias á las largas y embarazosas discusiones del parlamento.= Toda persona imparcial conoce que no puede ser mas viciosa y complicada la organizacion de las atribuciones concedidas segun la ley á las diputaciones provinciales y ayuntamientos, que no han servido hasta ahora mas que para oponer obstáculos al gobierno cuantas veces ha intentado establecer la verdadera unidad en la administracion de los pueblos: esto sin hacernos cargo de los graves daños y aun trastornos políticos á que esas corporaciones han solido dar márgen con no poco detrimento de los intereses comunes y á costa de la tranquilidad de sus mismos representados. Su reorganizacion por lo mismo es urgentísima, y el medio mas espedito, el mas pronto para verificarla, será sin duda como lo ha comprendido el gobierno el que mas convenga á la salud del estado.", El Castellano, Periódico de política, administracion y comercio, Núm. 2.558, October 22th, 1844. Similar words used the second: "Todo el mundo conviene en la urgencia de adoptar unas medidas que nos saquen del caos en el que nos encontramos: en esta parte puede estar seguro el Gobierno de hallar en el país un asentimiento universal, porque hay deseo, hay hambre de todo lo que sea buen orden. Es tal el desquiciamiento en que están todos los ramos, es tan espantosa la dislocalizacion, tal es el trastorno que nos han acarreado diez años de revueltas, que es de todo punto necesario acudir al remedio, si no queremos continuar en la anarquía que nos devora.= Los ayuntamientos han sido en España una de las principales palancas de las revoluciones (...). Tocante á las diputaciones provinciales no es menos evidente la necesidad de quitarles lo que entrañan de peligroso, y de hacerlas más útiles á los pueblos. En buenos principios de administracion lo que no sirve daña: las diputaciones provinciales, tales como las hemos tenido hasta ahora, han sido muchas veces un elemento de revolucion, pero no vemos que haya contribuido á mejorar la suerte de los pueblos. (...)", El Pensamiento de la Nación, Periódico religioso, político y literario, Núm. 40, miércoles, 6 de noviembre de 1844.

³⁰ GARCÍA GOYENA, FLORENCIO; AGUIRRE, JOAQUÍN y MONTALBAN, JUAN MANUEL, Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, Tomo IX, 1845, p. 96.

³¹ "Mucho tiempo hace que se ha clamado por el establecimiento de los consejos provinciales á fin de sacar de la anarquía y el caos la administracion pública. Los embrollos y cuestiones interminables de competencia que los asuntos contencioso-administrativos ofrecian á cada momento, hacian poco menos que imposible la marcha

political leader, who would find in it the inspiration and experience necessary for carrying out good management in the public interest³². Likewise, its jurisdictional facet would convert it into an indispensable corporation for the State, since no other was appropriate for solving these conflicts³³. The progressive press, however, condemned it even before its activity had been put into motion. They considered its facet as a Court hardly useful as they understood that complaints from individuals could be resolved more efficiently by the administrative agents themselves. Also, as previously mentioned, it should not be forgotten that the Administration became judge and party in its own proceedings, since the entities in charge of resolving the contentious-administrative lawsuits formed part of this institution.³⁴

administrativa. Ni los particulares sabian á donde reclamar con mas seguridad sus derechos, ni los funcionarios públicos acertaban á deslindar sus atribuciones; resultando de esta suerte perjuicio para los intereses del individuo, perjuicio para el interés público y conflictos de jurisdiccion casi siempre funestos para administradores y administrados. Sin reglas de antemano señaladas en la clasificacion de las cuestiones contencioso-administrativas; el capitan general, el gefe político, el intendente, la audiencia, se creían á su vez competentes para obrar en la mayor parte de los casos. Era preciso poner remedio á este mal de consecuencias mas importantes que á primera vista aparece (...) Los tribunales de justicia no se deben mezclar en negocios puramente administrativos, á no apoderarse de atribuciones que no les corresponden; la ley destruye esta mala práctica encomendando á tribunales administrativos lo que aquellos no debían en buenos principios resolver. Ni las diputaciones provinciales, ni los ayuntamientos podían encargarse de este cuidado, atendida su índole particular; la ley ha previsto auellos inconvenientes en la creacion de una oficina especial.” El Castellano, Periódico de política, administracion y comercio, Núm. 2701, April 9th, 1845.

³² “Hay una grande analogía entre las facultades del Consejo Real y de los Consejos provinciales, pues así aquel como estos, pronuncian decisiones y dan dictámenes ilustrando con ellos la administracion activa; de suerte que el auxilio que el Rey encuentra en las luces y en la experiencia del alto cuerpo consultivo del Gobierno, ese mismo halla el gefe superior de una provincia en estos otros cuerpos consultivos de inferior grado.” COLMEIRO Y PENIDO, MANUEL, Derecho Administrativo español, Tomo I, 1858, Madrid, p. 219.

³³ Posada Herrera explained it clearly arguing the incapacity of the Diputaciones provinciales to exercise that jurisdiction. Said: “Es indudable, que para dar unidad y fuerza á la administracion, para que los ciudadanos particulares sepan siempre con seguridad y certeza, donde tienen facultad de reclamar sus derechos, y para que la ley se observe cumplidamente, se necesita que se separen de los tribunales, todas esas atribuciones contencioso-administrativas que tanto embarazan la marcha de los negocios, dándolas á corporaciones creadas especialmente para ese objeto. Esas corporaciones no deben crearse para un solo ramo de la administracion, sino para todos ellos á la vez (...) Se ha creido que confiriendo á las diputaciones provinciales y á los ayuntamientos muchas de estas atribuciones, no eran necesarios los tribunales administrativos: y en la ley de 3 de febrero se dieron á las diputaciones provinciales, facultades que son incompatibles con su esencia y naturaleza. Resuelven negocios contencioso-administrativos, están encargadas del examen de cuentas, muchas veces voluminosas, de que no pueden enterarse por falta de tiempo, y á la vez tienen que atender á las necesidades de la localidad que son el objeto verdadero de su institucion. Ahora bien, segun están hoy las diputaciones provinciales obligadas á satisfacer al inmenso cúmulo de atenciones que pesan sobre ellas, ¿pueden despacharlas? ¿Pueden decidir tantos negocios unos puramente locales, otros de la administracion general, unos económicos de su provincia, y otros del gobierno del pais, con la celeridad y prontitud con que es necesario que los despachen? Es imposible (...)” DE POSADA HERRERA, JOSÉ, Lecciones de Administracion..., op.cit., pp. 252-253.

³⁴ Among others, El Espectador took a stand against the Provincial Councils. Said: “Son tambien los consejos provinciales tribunales de administracion; y si como consejos son inútiles, como tribuna-

At this point, it is of interest to examine its composition, the procedure that was followed and the matters that were dealt with in its facet as a Court.

1. Composition.

The Provincial Councils comprised between three and five councillors who, unlike the provincial deputies, were directly appointed by the monarch³⁵. The regulations regarding councillors were limited to indicating the number and that at least two must be lawyers³⁶. Their replacement was provided for by the appointment of an equal number of supernumeraries, who were allowed to attend

les tambien. (...) Lo contencioso de que han de conocer los tribunales administrativos está reducido á las cuestiones en que lucha de una parte el interes general y de otra el particular. Esta esplicacion técnica no da bastante luz para conocer los casos en que los tribunales administrativos han de intervenir; (...) aquella esplicacion vuelta á un lenguaje mas claro, mas inteligible, y tambien mas verdadero, lo contencioso en la administracion civil son las quejas de los particulares contra una autoridad.= Hé aquí á lo que queda reducido todo aquel aparato de intereses particulares é intereses de la generalidad con que se alucina al hombre desprevenido que carece de conocimientos en administracion. En lo contencioso-administrativo, hablando con lisura y con verdad, no hay mas que intereses generales que el interés que tiene una autoridad en sostener sus providencias: de aquí nace lo contencioso en la administracion. Un ayuntamiento hace un repartimiento entre los vecinos de su poblacion: hay alguno que se cree agraviado, y reclama: el ayuntamiento no le oye, y el agraviado se queja á la autoridad superior: esto es lo que se llama litigio en administracion civil. Ahora bien, para conseguir ó rectificar, ó reformar la providencia del ayuntamiento, ó para desoir y desechar la reclamacion del interesado ¿se necesita un tribunal compuesto de cuatro individuos con el gefe político, que marchando pausadamente por los trámites de la ley, pronuncie por último una sentencia, que si no es bien comprendida por los interesados dará lugar á trámites nuevos cuyo resultado será muchas veces inútil por su inoportunidad? Veamos por el contrario qué sencillo y qué breve es decidir estas contiendas por la autoridad gubernativa, que es á quien exclusivamente compete reformar las providencias de las autoridades subalternas. Un ayuntamiento hace el repartimiento de las contribuciones; un vecino se cree perjudicado, reclama, y el ayuntamiento desatiende la reclamacion. El vecino recurre á la diputacion provincial; la diputacion examina el amillaramiento, se hacen comparaciones entre la riqueza del reclamante y otros vecinos en que puedan ilustrar los informes de las personas desinteresadas, y la diputacion provincial en cuatro dias dá terminado el negocio, y decide de qué parte está la razon. Pues lo mismo que la diputacion provincial hace el gefe político, cuando es de sus atribuciones el negocio (...)” El Espectador, Núm. 1178, April 17th, 1845.

³⁵ Article 1, law April 2nd, 1845 related to the organization and functions of the Provincial Councils.

³⁶ “La nueva ley que tenemos á la vista hacia suma falta en nuestra administracion provincial: en ella debía tener una influencia saludable el poder ejecutivo, á fin de que cuando los consejos actuen como tribunales, no se encuentren sin aquella fuerza moral y estable que comunica la accion del gobierno supremo á todas las resoluciones subalternas.= De aquí se sigue naturalmente la conveniencia, la indispensable necesidad de que en los consejos provinciales haya letrados, no porque en los juicios se hayan de seguir los trámites prevenidos por las leyes para los tribunales ordinarios de justicia, sino porque habiendo de entender los consejos provinciales en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la administracion civil, para los cuales no establezcan las leyes juzgados especiales, dichos consejos no deben ser enteramente legos en materias sujetas á la legislacion del pais; pues si esto sucediese no podrían limitarse sus facultades á fallar en las cuestiones particulares sometidas á su decision, como lo requiere la índole de su establecimiento puramente civil, y se verían en el caso de consultar para sus resoluciones con los jueces á que correspondiesen los diferentes puntos sometidos á su examen.= Las ventajas (...) estan marcadas en los títulos 1º y 2º de la ley de organizacion y atribuciones de los consejos provinciales, asi como se evitan los inconvenientes que se seguirían de una complicacion de procedimientos, que no podrian menos de ocasionar en muchos asuntos, graves y perjudiciales competencias (...)” La Posdata, Periódico Joco-Serio, Núm. 975, April 9th, 1845.

the sessions but could have neither voice nor vote in the session until they took office. Some very crucial aspects like the requirements for their selection or the causes for their separation were not clarified. This latter aspect was especially relevant, since its concurrence made it possible to avoid the easy removal of those who became an embarrassment.

The presidency was occupied by the political leader who had a qualified vote for the cases where there was a draw³⁷. This was a way of trying to guarantee centralisation of the Administration, leading to unity, agreement and success³⁸. It should not be forgotten that this authority was immediately dependent on the Ministry of the Interior of the Peninsula³⁹ and his appointment was freely made by the Executive, without his having to meet any requirement or special aptitude to acquire the post. In the cases of absence or incapacity, he was substituted by the vice-president of the Provincial Council⁴⁰, appointed by the Government from among the councillors⁴¹.

In our opinion, the legal framework regarding the composition of the mentioned Administration Courts was full of important loopholes. This fact led the public to reject it, even to the point of questioning its independence and necessity. In this sense, as an example, *El Eco del Comercio* qualified these corporations as “antilegal”⁴². For its part, *El Espectador* understood that the regulated electoral system facilitated the appointment of the Government’s favourites, which turned them into mere subordinate employees of the Central Power, without any awareness of the interests of the province. In the opinion of the director of this newspaper, these institutions were only a “hindrance” to the development of material interests and a “plague” that would suffocate the towns⁴³. The

Executive would take a long time to amend these shortcomings; and it would require three draft laws and almost twenty years for some of these elements to be regulated.

2. Proceedings⁴⁴.

The initiation of proceedings varied according to who filed the suit. If it was a natural or a legal person they were obliged to file their complaint in due form⁴⁵. If on the contrary, the litigation was presented by the Administration itself or any of its institutions, it had to be carried out by means of a simple written document or report validated by the corresponding authority⁴⁶. The concurrence of the lawyer and procurator was not necessary, and this decision was left to the discretion of the interested parties⁴⁷.

The abovementioned written documents had to be presented in the Secretariat of the political Government⁴⁸, where they were submitted to the political leader to decide whether the matter should remain with the government and be reserved for their attention⁴⁹ or, on the contrary, it should be submitted to the contentious-administrative court, in this case to the Provincial Council⁵⁰. In the event

³⁷ Article 14, law April 2nd, 1845 related to the organization and functions of the Provincial Councils.

³⁸ “El jefe político preside los consejos de provincia. Así sucede en Francia y es preciso que sea para mejor unidad y concierto. Resulta pues que la administración estará tan centralizada como es menester para que exista unidad y acierto. Los ayuntamientos y las diputaciones provinciales no tendrán intervención en la administración central; pero en cambio los consejos administrativos no se ocuparán de negocios puramente locales y las diputaciones de provincia entenderán de los asuntos sobre quintas, presupuestos de los pueblos y formación de listas para electores y jurados y otros que pudieran ser de dudosa competencia.” *El Castellano*, periódico de política, administración y comercio, Núm. 2701, April 9th, 1845.

³⁹ Article 1, law April 2nd, 1845 for the Government of the provinces, *Gaceta de Madrid*, Núm. 3860, April 9th, 1845.

⁴⁰ Article 3, law April 2nd 1845 for the Government of the provinces.

⁴¹ Article 2, law April 2nd, 1845 related to the organization and functions of the Provincial Councils.

⁴² “(...) los tales CONSEJOS son antilegales, y en verdad que deseáramos que se nos explicase la inconcebible mezcla de esos vocales letrados y legos, la jurisprudencia por que han de regirse, los códigos á que han de ajustarse, la responsabilidad en que incurren, quién decreta esta y á qué tribunales se les somete en caso de ser declarados justiciables, pues nosotros los creemos absolutamente impunes al ver que en el artículo 19 del título 4º solo se habla de las apelaciones y recursos de nulidad para ante el CONSEJO SUPREMO DE ADMINISTRACION DEL ESTADO, quedando autorizado el gobierno por el 20 para resolver todas las dudas que pueda ofrecer el cumplimiento de la ley.” *Eco del Comercio*, Núm. 803, April 11th, 1845.

⁴³ “¿Qué son los consejos de provincia sino una rémora para el desarrollo de los intereses materiales? ¿Qué son mas que una plaga con la que se agobia de nuevo a los pueblos? Los consejeros, como el decreto los llama, serán nombrados por el gobierno, el gobierno los

elejirá de entre sus favoritos, y tal vez no habrá uno que conozca los intereses de la provincia y tenga en ella simpatías. Si se nos dijera que los individuos del consejo habían de ser por necesidad de la provincia misma en que hayan de desempeñar su destino, con intereses en ella que conservar, personas de arraigo independientes por su posición social, todavía, á pesar de los inconvenientes que ofrecerá la ley, podíamos esperar que hicieran algo provechoso al interés procomunal en la reducida esfera que el gobierno coloca. ¿Pero qué aguardar en vista de la exposición clara y terminante del decreto? Absolutamente nada. Los consejeros de provincia serán unos empleados muy subalternos del gobierno, y nada mas; que se nombrarán para estos destinos personas sin ciencia ni capacidad, y como tales irán á donde les lleve la mas ligera indicación del poder ó de su agente supremo de la provincia; y en suma, que viéndose este partido miserable, sin apoyo ni fuerza en las masas populares, necesita buscársela con una cohorte numerosa de empleados, para lo cual hace diariamente nuevas creaciones, valiéndose de medios desusados y ardidés repugnantes.” *El Espectador*, Núm. 1172, sábado, 12 de abril de 1845. The same opinion had *El Clamor Público*: “(...) El establecer un consejo de empleados que ningún vínculo tienen en la provincia donde residen, que ningún conocimiento poseen de las prácticas, costumbres, recursos y necesidades de los pueblos sobre cuyas relaciones y diferencias van á decidir, para que sean árbitros de los acuerdos tomados por los vecinos que merecieron la confianza pública, es un absurdo que solo podía caber en la cabeza del hombre de las hordas fortuitas. ¿Qué papel van a representar esos señores aconsejantes? ¿Piensa el amigo Pidal que bastarán á darles prestigio el uniforme y el sueldo que le designa? Desde ahora aseguramos que esos pájaros pintos de la nueva redoma encantada que acaba de salir de la suprema inteligencia del amigo Pidal, harán la misma figura que los gendarmes y los agentes de policía por esos caminos de Dios.” *El Clamor Público*, Núm. 298, April 13th, 1845.

⁴⁴ Because of space, the next pages will present a brief description of the contested administrative procedure. A further examination can be found in CHAMOCHO CANTUDO, MIGUEL ÁNGEL, “Los Consejos provinciales: atribuciones contenciosas, procedimientos y sistema de recursos” in CHAMOCHO CANTUDO, MIGUEL ÁNGEL, *El nacimiento de la justicia administrativa provincial. De los Consejos de Prefectura a los Consejos provinciales*, pp. 397-426. Madrid: Dykinson, S.L.

⁴⁵ Article 22, regulation of October 1st, 1845.

⁴⁶ Article 21, regulation of October 1st, 1845.

⁴⁷ Article 8, regulation of October 1st, 1845.

⁴⁸ Article 23, regulation of October 1st, 1845.

⁴⁹ Article 24, regulation of October 1st, 1845.

⁵⁰ Article 25, regulation of October 1st, 1845.

that one of the parties did not agree with this decision, they could appeal against it with the Ministry of the Interior, and all proceedings had to be suspended⁵¹.

Once the contentious-administrative Court had received either the report from the Administration or the statement of case from the individual, the case was examined, and an order was issued deciding whether the plaintiff's case would proceed, in which case they ordered the document to be sent to the accused. The deadline for responding to the claim differed according to the cases. If the affected subject was a public entity, their representative had thirty days to respond. In the rest of the cases, the term was nine days, which could be extended according to the distance from the capital to the place of residence and the conditions for communication⁵².

Once the claim was answered, it was submitted to the claimant in a maximum of six days⁵³. This person could on examination present a second written document called "rebuttal", responding to what the opposing party had manifested⁵⁴. The other party was then informed about this document, and could present a "surrebuttal", which would bring the written phase to an end. The case was immediately presented before the issuing judge. This same order had to indicate whether to set a date for a public trial or whether to take evidence, determining where appropriate the aspects that had to be demonstrated⁵⁵. The regulations did not list the means which litigants could use to do this. Doctrine tried to cover this legal loophole on considering they could make use of testimonial evidence, expert opinion, visual inspection, documents, "written interrogatories" and any other evidence admitted for ordinary procedure⁵⁶.

Once the evidence phase, or failing this, the written discussion was completed, the date was set for the public hearing⁵⁷, which was held before a public audience except in cases where there was a risk to public order⁵⁸. It began with a summary of proceedings by the secretary, allowing the litigants the possibility to present what they believed appropriate in their defence⁵⁹. Specific legislation says nothing about how this intervention should be carried out. It is necessary to refer to the regulations of the Royal Council, which indicate that the claimant should inform once and then the accused, except where the president esteemed otherwise⁶⁰. In this act, apart from assessing the result of the evidence, the litigants could make a new allegation of the facts already cited⁶¹. To be exact, according to Julián Peláez del Pozo, they could present the facts and

the law and cite and read laws, orders and decrees, as well as the doctrine that supported their statements and claims⁶². Therefore, in this phase, it was not possible to introduce procedural issues that had not been previously presented⁶³. However, if the Court believed it necessary, it had the authority to ask for reports or to carry out the necessary investigations to gather further proof except for testimonial evidence⁶⁴.

Once the hearing was completed, the secretary drew up a report, indicating the date the trial had been held, as well as listing the speakers and the parties that had attended. The Provincial Council immediately issued the order by which it declared the procedure concluded and submitted it to the issuing judge and a date was set for the final sentence. It was possible to present an appeal, withdrawal, interpretation and annulment against this order. Once these appeals were resolved, or the deadline had passed for presenting them, then *res judicata* was ruled and the sentence was executed. Competence for carrying out this last procedure corresponded to the government agents. However, in cases where it was necessary to proceed with the auction or sale of goods, it corresponded to the jurisdictional bodies to execute the sentence⁶⁵.

As can be appreciated, in the contentious-administrative procedure the principle of equality was broken when one of the litigants was the Administration. In this sense, the deadlines were much more longer for public corporations which also had an easier means of defence to support their interests. In addition to this, before initiating a lawsuit, private individuals had to go through a prior procedure for the lawsuit to be admitted that did not exist in ordinary trials, and which the State was not subjected to as it was conceded *iuris tantum* presumption of source of claims. However, despite these substantial differences between civil and contentious procedures, it is necessary to state that the structure of both was similar, and even the civil procedure act was applied to the latter in a subsidiary way.

3. Competences.

In accordance with the provisions of the law of 2nd April 1845, as contentious-administrative Courts, the Provincial Councils had to resolve "every contentious matter of the different branches of Civil Administration" ⁶⁶. Among other issues, they ruled on conflicts arising from the utilisation of common goods. To be exact, they heard cases about the abuses arising from benefitting from the waters: distribution for irrigation, carrying out works that would divert the course of the river, or measures of com-

⁵¹ Article 24, regulation of October 1st, 1845.

⁵² Article 27, regulation of October 1st, 1845.

⁵³ Article 29, regulation of October 1st, 1845.

⁵⁴ Article 36, regulation of October 1st, 1845.

⁵⁵ Article 38, regulation of October 1st, 1845.

⁵⁶ MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO, *Diccionario de Administración*, Voz "Administración Contenciosa", Tomo I, Madrid, 1858, pp. 371-372.

⁵⁷ Article 41, regulation of October 1st, 1845.

⁵⁸ Article 42, regulation of October 1st, 1845.

⁵⁹ Article 43, regulation of October 1st, 1845.

⁶⁰ Article 99, regulation December 30th, 1846, *Gaceta de Madrid*, Núm. 4648, June 6th, 1847.

⁶¹ FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, *La formación histórica*

de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868), Civitas, Madrid, 1998, p. 455.

⁶² PELÁEZ DEL POZO, JULIAN, *Tratado Teórico-Práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas*, 1849, p. 260.

⁶³ Once again, the regulation of contested administrative procedure in Provincial Councils, did not prohibit this aspect. Nevertheless the regulation of Royal Council, in the article 129, established that completed the inquiry, new documents or allegations cannot be presented.

⁶⁴ Article 45, regulation of October 1st, 1845.

⁶⁵ Article 17, regulation of October 1st, 1845.

⁶⁶ Articles 8 y 9, law of April 2nd, 1845.

mon interest related to their conservation and policing⁶⁷. They were also competent for deciding on issues about offences regarding territorial or industrial tax quotas, and complaints arising from the distribution of public charges. Likewise, they resolved lawsuits about contracts signed with the Civil, Provincial or Municipal Administration and about the compensation for damages to individuals through the execution of public works or by the discomfort or unhealthiness of factories, workshops, machines or professions. Another important matter subjected to their jurisdiction was the limits of the municipal territories and of the farmland belonging to the State or local entities.

Special legislation gradually led to an increase in the matters which they had to pass sentence on, and the majority of the businesses which the Administration had some interest in came under their authority. There are many issues that were entrusted to them through special legislation, and some of the most important were the conflicts about theatres⁶⁸, contentious issues about tithes⁶⁹, or those regarding claims related to mines and slag heaps⁷⁰. This tendency even led to lawsuits, traditionally attributed to ordinary jurisdiction, being considered within their competence; for example, property titles such as property rights were resolved by them.

It is necessary to specify that all administrative trials required a legitimate opposition between public and individual interest regarding a government matter or act that was being denounced because it was understood to be contrary to a pre-existing right. It was not possible to base a contentious-administrative procedure on reasons of simple utility or improvement since these cases continued to go through government channels⁷¹. In this sense, in order for the Executive to operate with complete free-

dom, without being held back by any regulatory barrier, the doctrine unanimously accepted the principle according to which "actos de imperio" could not be claimed before contentious-administrative jurisdiction. Neither did it have any competence in conflicts concerning: people's status, like nationality, political and civil rights and the position of individual members of a family⁷²; or issues related to royal property or ownership rights. These would all correspond to the common judiciary provided they were made by a private individual even when the Administration was a party⁷³.

IV. CONCLUSIONS

The establishment of the Provincial Councils in Spain responds to the desire to build an Administration which unlike the one inherited from the Old Regime would be strong, energetic, rapid and efficient. Achieving this goal would require the implementation of fundamental reforms like political and administrative centralisation and complete independence from the Executive with respect to Judicial Power.

The desired administrative reform was carried out by the Ministerial Cabinet of General Narváez through legislative delegation. As a result, these new corporations were created and became the cornerstone of the moderate territorial system. Firstly, they took over the functional and competence roles of the Provincial Governments, thereby facilitating centralism. Also, rather than being comprised of honorary members elected by vote, the councilors received a remuneration for exercising their functions and their appointment lay exclusively in the hands of the Government. Secondly, they undertook the judgement of all those conflicts where public interest was in play, taking this competence away from the common Courts and Tribunals.

This last facet of the Administration Courts was harshly criticised by the doctrine and the press of the time since it would convert the State in judge and party in its own lawsuits. In addition to this, although general legislation assigned them a short list of matters, these were substantially extended by special regulations. In this sense, matters, which should have been assigned to the ordinary Courts because they came under civil titles like property, ended up being resolved by the Administration Courts.

⁶⁷ PANTOJA AGUDO, JOSÉ MARÍA, *Repertorio de la Jurisprudencia Administrativa española...*, op.cit., pp. 52-56.

⁶⁸ As the distribution of balconies, by order of the Consejo Real of September 13th, 1848.

⁶⁹ Article 4, law of March, 20th of 1846, *Gaceta de Madrid*, Núm. 4207, March 22th, 1846.

⁷⁰ Article 33, law of April, 11th of 1849, *Gaceta de Madrid*, Núm. 5327, April 14th, 1849.

⁷¹ "Teóricamente se sostiene que hay materia para la contencion, ó juicio ó proceso administrativo, siempre que la Administracion, aplicando á uno ó más casos especiales una ley ó reglamento ó disposicion de carácter general, infiere agravio á un derecho ó interes legítimo, que venía subsistiendo por la declaracion, reconocimiento ó amparo de la Administracion misma.= De aquí se infiere:= 1º Que sólo pueden ser materia contencioso-administrativa aquellas providencias que la Administracion dicte administrando por decirlo así; esto es, aplicando las leyes y disposiciones vigentes, cuya ejecucion le está encomendada á los casos concretos que se presentan.= 2º Que no podrán dar lugar á materia contenciosa aquellas otras providencias que tome la Administracion, digamoslo así, mandando; esto es, usando de las facultades que tiene para disponer en general lo que cree conveniente al interes de todos los ciudadanos, y procediendo en esto discrecionalmente y sin más limitaciones que su responsabilidad, segun las leyes de cada pais.= 3º Que es necesario exista con anterioridad á la providencia de la Administracion un derecho reconocido ó amparado por la misma; esto es, por las leyes ó disposiciones generales de carácter administrativo, y varios autores añaden ó algun interes legítimo; porque en la variedad y multiplicidad de lo que podemos llamar derechos administrativos, hay un caso en que se expresa mejor el concepto y se evitan discusiones diciendo interes legítimo.", GALLOSTRA Y FRAU, JOSÉ, *Lo Contencioso-Administrativo...*, op. cit., pp. 126-127.

⁷² GARCÍA GOYENA, FLORENCIO y AGUIRRE, JOAQUÍN, *Febrero, o librería de jueces, abogados...*, op. cit., pp. 579-580.

⁷³ The objective was to protect the equality between the litigants. Accordingly Juan María Biec y José Vicente Carabantes said: "No constituyen contencioso administrativo por no referirse á derechos del órden administrativo, las cuestiones sobre derechos reales ó sobre propiedad ó posesion. Estas cuestiones pertenecen al órden judicial, aun cuando sea el Estado quien de lugar á ellas ó las promueva, como simple particular, pero no si obrase como gobierno y por el interés social. Siempre que se trate de una cuestion de propiedad, hallándose los propietarios particulares bajo la misma salvaguardia que los propietarios públicos, deben ser iguales los riesgos para unos y para otros. Además, en tales casos, el gobierno no puede esponder á su adversion mas que sus títulos ó su posesion, es decir, los derechos que tiene de la ley civil, y todos los pleitos que nacen de esta accion civil son del dominio de la autoridad judicial, y corresponde su conocimiento á los tribunales ordinarios", BIEC, JUAN MARÍA y CARAVANTES, JOSÉ VICENTE, *Suplemento al diccionario razonado de leislacion y jurisprudencia de Don Joaquín Escriche*, Madrid, 1851, *Voz "Jurisdiccion administrativa"*, p. 474.

With regard to procedure it is necessary to indicate that it followed the most important axioms of the ordinary civil process. In this respect, we can find how in these types of trials the rebuttal and surrebuttal phases took place, which are characteristics of large claims civil trials. Likewise, we find that the form of the demand and response, the evidence presented as well as the appeals that were made against sentences were extremely similar in both types of lawsuits. However, it is not possible to ignore that behind the argument of protecting the common interests, a principle as important as equality between the parties in a lawsuit was broken.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALCÁNTARA Y PÉREZ, ANTONIO Y DE MORALES SERRANO, JUAN, Tratado de las competencias y de la autorización para procesar a los empleados administrativos, Tomo I, Madrid, 1866.
- ARENILLA SÁEZ, MANUEL, „La ciencia de la Administración en la época de Oliván“ en GIL CREMADES, JUAN JOSÉ, SEOANE VACAS, CORAL, NAGORE LAÍN, FRANCHO, y VICENTE Y GUERRERO, GUILLERMO, La configuración jurídico política del estado liberal en España: actas del Congreso en conmemoración del segundo centenario del nacimiento de Alejandro Oliván (1796-1996), Huesca, 12-13 de diciembre de 1996, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1997.
- ARCOS ORODEA, LORENZO, “Estudios sobre las competencias” en La escuela del Derecho, Revista Jurídica, Tomo II, 1863, pp. 221-244 y pp. 285-308.
- BIEC, JUAN MARÍA y CARAVANTES, JOSÉ VICENTE, Suplemento al diccionario razonado de legislación y jurisprudencia de Don Joaquín Escriche, Madrid, 1851.
- CHAMOCHO CANTUDO, MIGUEL ÁNGEL, “Los Consejos provinciales: atribuciones contenciosas, procedimientos y sistema de recursos” en CHAMOCHO CANTUDO, MIGUEL ÁNGEL, El nacimiento de la justicia administrativa provincial. De los Consejos de Prefectura a los Consejos provinciales, pp. 397-426. Madrid: Dykinson, S.L.
- COLMEIRO Y PENIDO, MANUEL, Derecho administrativo español, Tomo II, Madrid, 1850.
- . Derecho Administrativo español, Tomo I, Madrid, 1858.
- . Derecho administrativo español, Tomo II, Madrid, 1858.
- DE POSADA HERRERA, JOSÉ, Lecciones de Administración, Tomo I, Madrid, 1843.
- DÍAZ DE ARGÜELLES, ISIDRO, De los Consejos Provinciales, Madrid, 1847.
- DÍAZ, VENTURA, Estudios prácticos, administrativos, económicos y políticos, Tomo II, Madrid, 1855.
- DÍAZ UFANO Y NEGRILLO, JOSÉ, Tratado teórico-práctico de materias contencioso-administrativas en la Península y Ultramar, Madrid, 1866.
- FERNÁNDEZ TORRES, JUAN RAMÓN, La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868), Civitas, Madrid, 1998.
- GALLOSTRA Y FRAU, JOSÉ, Lo contencioso-administrativo, Madrid, 1881.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de Paradigma?, Aranzadi, Navarra, 2007.
- GARCÍA GOYENA, FLORENCIO; AGUIRRE, JOAQUÍN y MONTALBAN, JUAN MANUEL, Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, Tomo IX, 1845.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO, “La evolución del recurso contencioso-administrativo en España” en Revista de Administración Pública, Núm. 55, 1968, pp. 9-26.
- GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, Instituciones del Derecho Administrativo español, Tomo I, Madrid, 1843.
- GOTARREDONA, PEDRO, “Jurisdicción contencioso-administrativa”, en GALLOSTRA Y FRAU, JOSÉ, Colección bibliográfica de lo Contencioso-Administrativo, Madrid, 1882, pp. 349-357.
- JOVER ZAMORA, JOSÉ MARÍA, La civilización española de mediados del s. XIX, Espasa Calpe, Madrid, 1991.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIAN, “Introducción” en MARTIN-RETORTILLO BAQUER, SEBASTIAN, Descentralización administrativa y organización política, Tomo I, Aproximación histórica (1812-1931), Hombres, hechos e ideas, ediciones Alfaguara, Madrid, 1973, pp. I-LXIV.
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO, Diccionario de Administración, Tomo I, Madrid, 1858, Voz “Administración Contenciosa”.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina, Ariel, Barcelona, 2006.
- OLIVÁN Y BORRUEL, ALEJANDRO, De la Administración Pública con relación a España, Madrid, 1843.
- PANTOJA AGUDO, JOSÉ MARÍA, Repertorio de la Jurisprudencia Administrativa española, Madrid, 1869.
- PELÁEZ DEL POZO, JULIAN, Tratado Teórico-Práctico de la organización, competencia y procedimientos en materias contencioso-administrativas, 1849.
- PÉREZ JUAN, JOSÉ ANTONIO, Centralismo y descentralización. Organización y modelos territoriales en Alicante (1812-1874), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.
- ROCA ROCA, EDUARDO, Las ideas de Administración de Javier de Burgos, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.
- SILVELA Y BLANCO, FRANCISCO AGUSTÍN, Colección de Proyectos, dictámenes y Leyes Orgánicas ó estudios prácticos de la Administración, Madrid, 1839.

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. *Dave De ruysscher* (MA, LL.M, PhD) is legal historian and lawyer. He researches in themes regarding the history of commercial and private law until the present day. In 2016, he was awarded an ERC Starting Grant, on the theme of collateral rights and insolvency. He is currently working at the Department of Public Law, Jurisprudence and Legal History at Tilburg University and at the Department of Interdisciplinary Legal Studies of the Vrije Universiteit Brussels.

Prof. Dr. *Lukas Gschwend* ist Professor für Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Strafrecht und Prorektor Lehre der Universität St. Gallen (HSG). Überdies engagiert er sich in der Forschungsgemeinschaft für Rechtswissenschaft (FR-HSG). Weiterhin ist er Mitglied der Unabhängigen Expertenkommission zur wissenschaftlichen Aufarbeitung der administrativen Versorgung (UEK) des Bundes sowie Titularprofessor für Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich.

Dr. *Matthias Kradolfer* studierte zwischen 2004 und 2009 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Jahr 2011 wurde er zum Dr. iur. HSG mit einer rechtshistorischen Dissertation (Justitias „Emancipation“ - Zur Unabhängigkeit der Justiz in der schweizerischen Eidgenossenschaft 1798 bis 1848; ausgezeichnet mit dem Walter Hug Preis) promoviert. Im Jahr 2015 erwarb er das Anwaltspatent und ist seither im aufbau einer eigenen Anwaltskanzlei als selbständiger Rechtsanwalt. Er ist Post-Doc an der Universität Zürich und verfolgt ein Habilitationsprojekt im öffentlichen Recht.

Dr. iur. *Kinga Beliznai Bódi* Ph.D. ist Univ.-Dozentin des Lehrstuhls für Ungarische Verfassungs- und Rechtsgeschichte an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der ELTE Eötvös-Loránd-Universität in Budapest. Forschungsschwerpunkte: Rechtssymbole und Rechtsrituale in der europäischen Rechts- und Kulturgeschichte, Die Geschichte der Richterrobe im Europa, Materielle Unabhängigkeit der Richter, Disziplinarische Verantwortung der Richter

Dr. *Eva Schäffler* ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Zeitgeschichte (München) und forscht zur wirtschaftlichen Transformation in der ČSFR/der Tschechischen Republik der 1990er Jahre (Schwerpunkt: Privatisierung). Sie studierte Geschichte, European Studies und Bohemistik und promovierte zum Thema „Paarbeziehungen in Ostdeutschland. Auf dem Weg vom Spät zum Postsozialismus“ an der Universität Salzburg, wo sie auch als wissenschaftliche Mitarbeiterin und Lektorin tätig war. Außerdem arbeitete sie als Projektmanagerin bei einer deutsch-tschechischen Euroregion.

Lucia Walter absolviert momentan ihr Rechtsreferendariat am Landgericht Leipzig und war bis Oktober 2018 als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Recht und Ethik in der Medizin in Leipzig tätig. Der eingereichte Beitrag entstand als Schwerpunktseminararbeit im Wintersemester 2015/2016.

Prof. Dr. *Sara Moreno Tejada* is a professor of History of Law and Institutions of the University Miguel Hernandez of Elche. She achieved the doctorate level the May, receiving the Cum Laude qualification by the Tribunal evaluator. The novelty of the thesis and its scientific soundness was recognized by the Instituto Alicantino de Cultura Juan Gil Albert, considering worthy of a research grant. She is the author of the monograph “El Consejo Provincial (1845-1868). Estudio particular de la Corporación Alicantina”. Also, she has collaborated in various collective Monographs published in publishers of international relevance. In addition, she has published several research articles in indexed journals as “Historia Constitucional”, “Codex” or “Ius Fugit”.

Vorschau

Rechtskultur steht Autoren aller einschlägigen Wissenschaftsdisziplinen ohne Ansehen des universitären Status offen. Kriterien sind allein Themenbezug und Qualität eines Aufsatzes.

Die nächsten Themenhefte der jährlich erscheinenden Zeitschrift werden folgende Themenfelder behandeln:

Widerstand gegen Rechtsvereinheitlichung (2019)

Redaktionsschluss ist jeweils der 15. Oktober.

Rechtskultur est destinée aux auteurs de toutes les disciplines scientifiques pertinentes, sans considération de leur statut universitaire. Les seuls critères sont le lien avec le thème du cahier et la qualité de l'article

Les prochains cahiers thématiques de la revue annuelle traiteront des thèmes sui-vants :

Contre Unification du droit (2019)

L date de clôture de rédaction est chaque fois le 15 octobre.

Rechtskultur is open to authors of all recognized areas of study irrespective of their university status. All that matters is that an article be of very high quality and in tune with the theme of the respective journal

Future topics of the annual journal will be:

Against Unification of law (2019)

The deadline for submissions is October 15th.

Impressum

Verlag: Edition Rechtskultur im Förderverein Europäische Rechtskultur e.V., Lehrstuhl Prof. Dr. Löhnig, Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Redaktion: Lehrstuhl Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, rechtskultur@ur.de

Satz & Layout: Eva Lackner und Simon Naczinsky (Regensburg)

ISSN: 2568-4469

ISBN: 978-3-96374-038-1, Preis: 49,- Euro

Aboservice: rechtskultur@gmail.com; Förderverein Europäische Rechtskultur e.V., Lehrstuhl Prof. Dr. Löhnig, Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg
Regensburg, Tel.: +49 941 943 2624, Fax: +49 941 943 2603

www.edition-rechtskultur.de

© Edition Rechtskultur 2019